This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, ириналлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.
- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.
- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

Roman
640
D998

BIBLIOTHECA·UNIV·HELS·
OTIUM SAPIENTIS

Rom. C28 d. Obligations 7
Roman
640
D 998

ОСНОВНАЯ ФОРМА

КОРРЕАЛЬНАГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

ИСТОРИКО-ЮРИДИЧЕСКОЕ И КРИТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ ПО РИМСКОМУ ПРАВУ.

Н. ДЮВЕРНУА.

ЯРОСЛАВЛЬ.
1874.

ОСНОВНАЯ ФОРМА

КОРРЕАЛЬНАГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

ИСТОРИКО-ЮРИДИЧЕСКОЕ И КРИТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ
ПО РИМСКОМУ ПРАВУ.

Н. ДЮВЕРНУА.

ЯРОСЛАВЛЬ.
Въ Типографіи Губернскаго Правленія.
1874.

27 MAY 1949

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея, 19 января 1874-го года.

Директоръ М. Капустинъ.

ВВЕДЕНІЕ.

Вопросъ о корреальномъ обязательствѣ составляетъ одинъ изъ тѣхъ, на которыхъ легко и удобно наблюдать существенные законы развитія юридическихъ организмовъ вообще, и съ другой стороны, въ ближайшемъ отношеніи къ обязательствамъ, эго одинъ изъ центральныхъ вопросовъ всей системы римскихъ обязательствъ, до сихъ поръ, какъ извѣстно, составляющей ключъ къ разумѣнію современныхъ системъ

Что касается интереса изслѣдованія корреалитета, въ связи съ стипуляціей, съ общей историко-юридической точки зрѣнія, то. въ самомъ дѣлѣ, едва ли на какомъ другомъ явленіи возможно прослѣдить съ такою ясностью этотъ необходимый процессъ, это постоянное и медленное стремленіе права отъ первоначально строгихъ, условныхъ, абсолютно-необходимыхъ, сливающихся съ существомъ права формъ и обрядовъ къ болѣе свободному, менѣе условному и формальному его проявленію. Съ другой стороны, въ исторіи римской стипуляціи мы съ рѣдкой отчетливостью видимъ постепенное образованіе изъ отвлеченныхъ, безразличныхъ въ матеріяльномъ смыслѣ, чисто-формальныхъ, заключающихъ въ себѣ въ возможности любое матерьяльное содержаніе сдѣлокъ, изъ формальныхъ актовъ, въ которыхъ воля сама въ себѣ, аутономически, находитъ законъ своего проявленія,—изъ этихъ математическихъ линій договорнаго права позже слагающіяся опредѣленныя и постоянныя фигуры отдѣльныхъ институтовъ обязательствен-

наго права. Моментъ воли, въ которомъ лежитъ разгадка столь многихъ явленій исторіи римскаго гражданскаго права, является здѣсь опредѣляющимъ весь процессъ образованія отдѣльныхъ институтовъ. Сперва находя себѣ выраженіе въ римскомъ понятіи лица, persona sui juris, которое само въ себѣ заключаетъ цѣль своего существованія, воля лица составляла вездѣ послѣднюю основу юридическаго института. Позже, съ ослабленіемъ энергіи воли, этой силы, нѣкогда въ самомъ человѣкѣ, въ его сознаніи находившей себѣ регулятора, тѣ же явленія регулируются внѣшнимъ, объективнымъ образомъ, въ нормахъ закона. Съ этимъ вмѣстѣ внутренній, скрытый моментъ, которымъ опредѣлялось ея движеніе, становится все болѣе и болѣе внѣшнимъ, измѣримымъ, матерьяльнымъ. Такъ развиваются, вообще говоря, всѣ институты римскаго гражданскаго права, которыхъ послѣдняя генетическая и психическая основа лежитъ въ дѣятельной волѣ лица, но которые, раскрываясь исторически, получаютъ видъ внѣшняго образованія, гетерономическаго, внѣ воли лежащаго начала. Въ основѣ и конечномъ результатѣ, словомъ въ принципѣ вся система римскаго частнаго права есть ничего болѣе, какъ объективный организмъ воли лица въ извѣстной, исторически опредѣлившейся сферѣ отношеній. Мы говоримъ, что здѣсь, въ исторіи развитія римской стипуляціи и въ ея историческихъ функціяхъ, лежитъ одно изъ самыхъ простыхъ и наглядныхъ выраженій этого общаго историческаго закона развитія юридическихъ организмовъ.—Съ другой стороны, мы сказали, что вопросъ о корреальномъ обязательствѣ составляетъ одинъ изъ центральныхъ въ системѣ римскихъ обязательствъ... Да, и именно въ томъ смыслѣ,

что въ этой формѣ возникаетъ очень существенная модификація субъективныхъ отношеній въ такой сферѣ, гдѣ все опредѣляется одними только личными отношеніями. Итакъ, здѣсь, на отдѣльномъ живомъ явленіи испытывается основная черта этого особаго вида правъ — необходимая связь такого права съ опредѣленнымъ лицомъ.

Мы считаемъ полезнымъ заранѣе объясниться относительно нашего способа изслѣдованія.

Вопросъ о природѣ корреальнаго обязательства и необходимой, прямо свойственной ему, подлинной для него формѣ, не есть разрѣшенный, когда описанъ механизмъ, техника корреалитета, хотя бы на самомъ точномъ основаніи источниковъ. Вопросъ о природѣ корреальнаго обязательства не разрѣшенъ, по нашему мнѣнію, и тогда, когда согласно буквѣ источниковъ установлено понятіе о корреальномъ обязательствѣ какъ единомъ со многими вѣрителями или должниками (una plurium obligatio) [1]), или какъ объ обязательствѣ аль-

---

1) Это господствующая и теперь теорія корреалитета, которую справедливо называютъ именами обоихъ изслѣдователей различныхъ сторонъ того же явленія Keller—Ribbentrop'овскою. Она извѣстна во Франціи и у Demangeat остается не тронутой въ своихъ результатахъ, хотя въ способѣ изслѣдованія вопроса этотъ писатель, по нашему мнѣнію, стоитъ выше нѣмцевъ и больше способенъ возбудить къ правильной постановкѣ задачи изысканія. Мы обозначимъ здѣсь заглавіе всѣхъ трехъ сочиненій, которыя имѣемъ подъ руками. Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht von D. F. L Keller, Zürich Geszner'sche Buchhandlung, 1827. Zur Lehre von der Correal—Obligationen von d—r G. I. Ribbentrop, Göttingen, in der Dieterich'schen Buchhandlung, 1831. (Предшествующая его же диссертація не важна для насъ.) Des obligations solidaires en droit Romain, commentaire du titre de duobus reis au Digeste. Par Ch. Demangeat, Paris. A Marescq ainé, 1859.

тернативномъ (obligatio alternativa personarum) [2]). Я не отрицаю ни важности, ни достоинства изслѣдованій унитаристовъ, ни заслугъ новыхъ изслѣдователей вопроса. Если методъ изслѣдованія есть только догматическій, то нѣтъ сомнѣнія, что обѣ теоріи еще долгое время будутъ раздѣлять между собою мнѣнія юристовъ, ибо и та и другая съ догматической точки зрѣнія больше или меньше находитъ себѣ прямую поддержку въ текстахъ источниковъ.

Мы, однако, избираемъ совершенно другой путь изслѣдованія. Если задачу изысканій составляетъ не извлеченіе догматическихъ тезисовъ изъ Corpus juris, а анализъ природы историко-юридическаго явленія, тогда недостаточно указать мѣста, на которыхъ основано, или въ которыхъ встрѣчаетъ поддержку извѣстное ученіе, на основаніи ихъ опредѣлить понятіе, указать способъ установленія, прекращенія и только. Хотя бы намъ такимъ образомъ удалось совершенно воспроизвести догматически изслѣдуемое явленіе, мы имѣли бы только внѣшній его очеркъ, а вовсе не его природу. Ни разумность его возникновенія, ни условія, въ которыхъ оно образовалось, ни условія, въ которыхъ оно способно су-

---

2) Эту новую теорію называютъ также по именамъ ея творцовъ, которымъ дѣйствительно она обязана серьезной постановкой на почву источниковъ, Girtanner—Fitting'овской. Кунце находитъ предшествующую попытку у Hertius'а: Diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita въ его Comm. et Opusc. Vol. 1. Tom. 3, p. 234 и въ его же Diss. de pluribus nominibus personam unam sustinentibus. Vol II. Tom. 3, p. 55. Самъ Гиртаннеръ не ссылается на Hertius'а. Сочиненія обоихъ писателей суть слѣдующія: Гиртаннера—Die Bürgschaft nach gem. civ. Recht, 1851, стр. 75 и слѣд., 397 и слѣд., 568. Другое того же автора—Die Stipulation und ihr Verhältniss.. Kiel, 1859. Фиттинга—Die Natur der Correal-Obligationen Erlangen, 1859.

ществовать, ни процессъ его развитія и исчезновенія не станутъ для насъ понятными, словомъ—историческій законъ его существованія останется для насъ тайной. Если дозволено сравненіе изъ другой области вѣдѣнія, мы, возстановляя догматически черты отжившаго института, уподобляемся минералогу, который описаніемъ минерала ограничиваетъ задачу своего изысканія. Полагаемъ, что такая работа, въ смыслѣ вѣдѣнія, можетъ служить только первымъ шагомъ въ изученіи. Если мы не имѣемъ при этомъ въ виду мѣста рожденія минерала, если намъ не извѣстна формація, которой свойственны такія образованія, если мы не отыскали условій химическихъ, метеорологическихъ и т. д., въ которыхъ образовался, видоизмѣнился и исчезъ предметъ изслѣдованія, то передъ нами вѣчно будетъ лежать объектъ, форма, и этой формой, этимъ простымъ наблюденіемъ, этимъ внѣшнимъ знаніемъ, или—вѣрнѣе—этимъ незнаніемъ его природы будетъ ограничиваться все наше отношеніе къ нему. Предѣлы знанія никогда и ни въ какой области не должны быть такими внѣшними, такъ механически ограниченными.

Явленіе, о которомъ идетъ рѣчь,—корреальность въ римскомъ правѣ, описано съ величайшей тщательностью и согласовано съ источниками въ томъ или другомъ направленіи настолько точно, что самый внимательный пересмотръ ихъ едва даетъ въ результатѣ незначущій пробѣлъ въ отношеніи къ объекту наблюденія. Есть частные споры, касающіеся того или другаго отдѣльнаго пункта изысканій, но какая черта отличаетъ корреалитетъ отъ близкихъ къ нему, но иного характера явленій,—объ этомъ никто не споритъ. Существенный признакъ корреальнаго обязательства, въ отличіе

отъ солидарнаго, заключается въ томъ, что въ солидарномъ удовлетвореніе (perceptio, satisfactio), послѣдовавшее отъ одного изъ должниковъ, погашаетъ все обязательство; въ корреальномъ искѣ (litis contestatio, electio) одного изъ вѣрителей или противъ одного изъ должниковъ консумируетъ, поглощаетъ требованія всѣхъ остальныхъ вѣрителей или либерируетъ всѣхъ остальныхъ должниковъ.

Но за симъ идетъ вопросъ, откуда-же возникаетъ эта особенность, зачѣмъ нужно такое построеніе обязательства, какимъ техническимъ процессомъ происходитъ погашеніе обязательства посредствомъ иска? На это найти отвѣта въ источникахъ, у писателей, обращавшихся съ живымъ явленіемъ, прямо даннаго,—нельзя. Для нихъ понятна вся эта техника, ибо она совершается на ихъ глазахъ въ условіяхъ, которыя не заключены въ самомъ явленіи, а существуютъ еще и рядомъ съ нимъ, въ другихъ подобныхъ явленіяхъ. Представимъ себѣ иныя условія, гдѣ это явленіе не повторяется, а гдѣ оно воспроизведено въ полной особности; гдѣ институтъ изображается намъ какъ отдѣльный объектъ, какъ не живущій, а отжившій. Тогда непонятность [3]) его тѣмъ большая, чѣмъ другому времени болѣе чужды условія его образованія, и возможность его разумѣнія дается только мѣрой приближенія мысли къ совсѣмъ инымъ условіямъ, гдѣ оно первоначально возникло. [4])

---

3) Любопытно, что самъ авторъ теоріи единства видитъ въ корреальномъ обязательствѣ Etwas Befremdendes, dem Begriff der Obligation Widersprechendes. Риббентропъ, стр. 14—15. Мы будемъ далѣе цитировать выше названныя сочиненія по именамъ авторовъ.

4) Одинъ изъ руководящихъ людей въ современной нѣмец-

Заслуги современной нѣмецкой науки въ разъясненіи историко-юридическихъ задачъ въ римскомъ правѣ по справедливости можно назвать неоцѣненными, и въ наше время едва-ли кто способенъ стать независимымъ отъ нѣмецкихъ изслѣдованій не только въ разрѣшеніи такихъ задачъ, но даже въ постановкѣ вопросовъ.. Но, однако, вопросъ о корреалитетѣ со стороны его исто-

---

кой наукѣ права Оттонъ Бэръ, сочиненія котораго мы будемъ имѣть случай не разъ цитировать, въ своемъ знаменитомъ трактатѣ: die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, von d—r Otto Bähr, Cassel und Göttingen, Georg H. Wigand. 1867. (2-е изд.), стр. 172,—говоритъ слѣдующее: если къ этимъ договорамъ (различнаго вида современные формальные договоры) должны быть прилагаемы начала римскихъ формальныхъ обязательствъ, то въ основаніи этого лежитъ тотъ взглядъ, что мы не можемъ произвольно отрѣшиться отъ той основы (римской), на которой покоится современное обязательственное право, а должны все къ ней же обращаться, чтобы въ ней отыскать родственные нашему юридическому быту элементы. При этомъ римскія положенія не должны быть съ слѣпой вѣрой выставляемы какъ нормы, а лишь служить намъ въ качествѣ научнаго авторитета, который дѣлаетъ насъ способными правильно уразумѣть современное право. Римскія ученія въ особенности пригодны для этого, потому что постоянно видное въ нихъ противуположеніе между jus strictum и aequitas вноситъ такую ясность въ отношенія, какой нельзя достигнуть никакимъ инымъ путемъ. (Тѣ-же идеи блестящимъ образомъ выражены у Keller'a, Pand., введеніе). Въ стипуляціи олицетворилась вся крайность формализма, абсолютной абстракціи, и отъ нея начала эквитета производили обратное движеніе въ извѣстной мѣрѣ къ матерьяльнымъ основамъ. У насъ наоборотъ матерьяльный принципъ составляетъ исходную точку, и сквозь него пробивается потребность въ охранительныхъ формахъ и достигаетъ извѣстной степени формализма. Такимъ образомъ римское и современное право встрѣчаются на той срединѣ, которая отвѣчаетъ истиннымъ требованіямъ жизни. Но у насъ не достаетъ той формы, которая бы привела къ полному сознанію и въ основѣ нашихъ сдѣлокъ лежащую абстракцію; у насъ нѣтъ того свѣтлаго построенія, которое, подобно алгебраической формулѣ, изображаетъ результаты, не разрушая элементовъ, и этотъ недостатокъ и составляетъ то, что дѣлало до сихъ поръ правильное обсужденіе такихъ сдѣлокъ больше плодомъ неопредѣленнаго чувства, чѣмъ яснаго разумѣнія.—Мы

рической природы не разъясненъ, и возможность его разъясненія зависѣла вовсе не отъ изслѣдованія именно этого явленія, отдѣльно взятаго, а отъ разумѣнія другихъ явленій болѣе общаго характера, которыхъ корреалитетъ составляетъ лишь одинокое проявленіе.

Вопросъ о корреальности есть, вообще говоря, вопросъ о свойствѣ формальнаго обязательства,

---

сомнѣваемся, чтобъ кому-нибудь до сихъ поръ удавалось въ столь немногихъ словахъ вмѣстить такое изобиліе мыслей, способныхъ освѣтить не только ближайшія къ автору явленія, но и совершенно невѣдомыя ему, совсѣмъ изъ другаго міра... Эта ощупью идущая юридическая практика, которая иной разъ способна изумить своимъ таинственнымъ тактомъ и которая тутъ-же, рядомъ, въ самыхъ простыхъ вещахъ, не можетъ дать себѣ никакого отчета! Мы сейчасъ замѣтили, что Риббентропъ невольно высказалъ извѣстное чувство отчужденности отъ странной конструкціи корреальнаго обязательства. Гораздо позже Савиньи, Das Obligationenrecht, erster Band, Berlin, bei Veit und C°, 1851, на вопросъ—какая цѣль института?—отвѣчаетъ: Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung (стр. 218), указывая при этомъ мѣсто изъ Марцелла, гдѣ корреалитетъ является въ самомъ отдаленномъ, какъ увидимъ, приложеніи, именно въ консенсуальныхъ контрактахъ. Мы не можемъ не замѣтить, что тутъ именно на явленіе чисто формальнаго характера установлена такая точка зрѣнія (матерьяльная), которая весьма характерна для позднѣйшаго римскаго и современнаго права и совершенно чужда времени формализма, откуда ведетъ свой генезисъ понятіе корреальности. Въ данномъ случаѣ мы совершенно раздѣляемъ взглядъ Бринца, который въ критическомъ этюдѣ, обращенномъ преимущественно противъ Савиньи (Krit. Blätter № 4), на встрѣчу его мыслямъ о цѣляхъ института корреальности (обезпеченность и удобство въ защитѣ права), спрашиваетъ: если такова дѣйствительно цѣль, то отчего не солидарность, а корреальность? Совершенно вѣрно. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что обѣ цѣли достигаются гораздо легче при солидарной отвѣтственности, ибо тогда не искомъ, а удовлетвореніемъ (perceptio) прекращаются притязанія вѣрителя къ другимъ должникамъ. Мы будемъ имѣть случай дальше доказать самымъ несомнѣннымъ образомъ, что въ римскомъ правѣ именно для этихъ цѣлей установлялось солидарное обязательство. Мы не думаемъ однако, чтобъ Бринцу удалось найти правильную точку отправленія въ изученіи явленія. Въ основѣ у него та же ошибка, какъ

объ исторической и оборотной его функціи. Такимъ образомъ, до тѣхъ поръ, пока не выяснилась все болѣе и болѣе природа формальнаго контракта, въ особенности стипуляціи, пока не опредѣлилась въ чертахъ, совершенно распознаваемыхъ, особенно историческая сторона вопроса о преемствѣ въ обязательствахъ,—до тѣхъ норъ двойственность субъектовъ оставалась въ извѣст-

---

и у другихъ, именно онъ беретъ вовсе не свойственную римскому въ извѣстную эпоху, а свойственную германскому праву матерьяльную точку зрѣнія на явленіе и утверждаетъ, что начальный и типическій случай корреалитета былъ тамъ, гдѣ два лица, каждое на извѣстную долю участвовало въ долгѣ, а въ другой долѣ принимало на себя alienum negotium. Неговоря о томъ, что это прямо противорѣчитъ источникамъ (ср. мѣсто изъ Юлія Павла: non alterius nomine ei, т. е. тому изъ двухъ вѣрителей, котораго стипуляція недѣйствительна, solvitur, sed suae obligationis, quae nulla est. L. 128, de V. O.; ср. еще L. 41. § 5 D. de proc. et defens. 3.3), мы думаемъ, что Бринцу можетъ быть возвращенъ вопросъ, который онъ дѣлаетъ Савиньи, только въ обратномъ смыслѣ,—отчего же въ такомъ случаѣ не вездѣ корреалитетъ, а въ иныхъ случаяхъ солидарность? Если я вмѣстѣ съ другимъ нанесъ вредъ, и съ меня ищутъ in solidum,—я отвѣчаю отчасти за свое дѣяніе, отчасти за чужое,—отчего-жъ здѣсь нѣтъ корреалитета?— Во всякомъ случаѣ, въ литературной исторіи вопроса, со стороны Савиньи и Бринца это, конечно, большая заслуга—вызвать на сцену вопросъ о цѣли института. Здѣсь, быть можетъ, лежитъ mot d'ordre для цѣлаго потока позднѣйшихъ изслѣдованій, которыхъ количество приводитъ въ смущеніе даже Виндшейда, какъ нѣкогда Пухта смущался изобиліемъ книгъ по владѣнію, и торжественно заклиналъ не писать больше. Пока господствующее отношеніе къ римскому праву носило на себѣ этотъ характеръ слѣпаго поклоненія, отъ котораго смѣло отрекается Бэръ, твердость юридическихъ конструкцій условливалась точностью воспроизведенія источниковъ. Это было въ извѣстномъ смыслѣ счастливое время. Нельзя, въ самомъ дѣлѣ, не позавидовать Зибенгаару, который, по его словамъ, 30 лѣтъ своей жизни спокойно провелъ подъ безусловнымъ господствомъ Keller-Ribbentrop'овскихъ идей (Siebenhaar, Correaloblig. nach römisch., gemein und sächsisch. Recht, 1867—68 г.) Но мы не хотимъ вмѣстѣ съ Виндшейдомъ искать возврата (zurückwünschen, Pandekt. II. 1870, стр. 124) къ этому счастливому времени. Напротивъ, мы склонны видѣть въ этомъ новомъ движеніи

ной степени загадочнымъ явленіемъ, и лучшіе представители римскаго правовѣдѣнія не могли встрѣчаться съ нимъ безъ нѣкотораго недоумѣнія. Одиноко, среди условій совершенно иного характера поставленное явленіе можетъ получить лишь косвенное, отрицательное опредѣленіе, условленное не ему свойственными, а ему чуждыми, въ наше время преимущественно матерьяльными моментами. Подлинная почва корреалитета въ другой формаціи, въ иной системѣ. Возможность его возникновенія, исторія его развитія принадлежитъ другому наслоенію, и лишь въ связи съ явленіями этой иной атмосферы его природа, его особенности перестаютъ поражать насъ, и мы, уразумѣвая его въ этой связи, ставимъ себя въ возможность сказать, гдѣ и когда и при какихъ условіяхъ то же явленіе повторится, станетъ снова живымъ и снова само собою понятнымъ, какъ было при своемъ первомъ появленіи.

Такимъ образомъ, изслѣдованіе, которое въ основѣ есть только историко-юридическое, не можетъ быть названо заранѣе антикварнымъ, только къ познанію древ-

---

(которое Кунце назвалъ бурей, а писателей новаго направленія—чайками) залогъ успѣха, признаки совершенно новой постановки цѣлей изслѣдованія, при чемъ, вмѣстѣ съ новымъ методомъ, очень многіе вопросы теоріи гражданскихъ институтовъ получаютъ совершенно иную постановку, чѣмъ прежде.—Для насъ, ближайшимъ образомъ, именно въ такомъ свободномъ отношеніи къ римскому праву, заключается первый призывъ къ участію въ общеевропейскомъ научномъ движеніи, ибо мы не связаны съ римскимъ правомъ гуртовой рецепціей (in complexu) его институтовъ, и если за это несли пока однѣ невыгоды такого отчужденія отъ великихъ культурныхъ факторовъ европейской жизни, то теперь, при правильно поставленныхъ задачахъ школы, можемъ извлечь и изъ прежнихъ невыгодъ преимущества независимаго и не условленнаго привычкой сужденія.

ности направленнымъ, а въ лучшемъ смыслѣ практическимъ, [5]) ибо никакая эпоха въ развитіи права не есть совершенно чуждая элементовъ формализма, въ которыхъ образовался корреалитетъ, хотя, быть можетъ, никакая не есть ему столь свойственная, какъ та, въ которой онъ первоначально возникъ.

Какія же ближайшія условія историческія, какія сосуществующія корреалитету явленія, которыя дѣла-

---

5) Мы назвали нашу задачу практической и знаемъ хорошо, сколь многое имѣютъ намъ замѣтить противъ этого съ извѣстной точки зрѣнія. Всѣхъ возможныхъ возраженій противъ изслѣдованій по классическому праву мы здѣсь не беремъ на себя устранять. Но одно соображеніе, которое въ насъ вызываютъ не тѣ, такъ называемые критики, которые предъявляютъ только требованія отъ другихъ и не даютъ сами ничего, а довольно распространенный пріемъ изслѣдованія у людей часто совершенно серьезныхъ, побуждаетъ насъ здѣсь объясниться. Мы называемъ задачу изслѣдованія практической, не смотря на то, что не дѣлаемъ указанія ни на русское, ни на другое современное законодательство. Выписать рядъ статей, больше или меньше подходящихъ къ извѣстному положенію изслѣдуемаго права не значитъ прилагать сравнительный методъ изученія. Между тѣмъ, такимъ именно сопоставленіемъ нерѣдко у насъ думаютъ стяжать себѣ право на вниманіе практическихъ людей. Такое сопоставленіе можетъ быть вовсе небезполезно, но только для очень опредѣленныхъ цѣлей. Тотъ кто, воспользовавшись извѣстной французской книгой: Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoleon, par Saint-Joseph, 1856, 4 v., выпишетъ оттуда къ соотвѣтствующему, напримѣръ, договору положенія хоть всѣхъ новыхъ законодательствъ,—сдѣлаетъ тоже, быть можетъ, очень важную услугу людямъ, желающимъ знать статьи извѣстнаго законодательства. Но это, вѣдь, вовсе не изслѣдованіе научнаго вопроса и вовсе не сравнительный методъ изученія права. Кто когда либо пытался изслѣдовать, тотъ знаетъ хорошо разницу понятій изслѣдованія и простаго списыванья. Мы не назначаемъ вовсе нашего труда для тѣхъ практическихъ цѣлей, для которыхъ служатъ карманные словари, справочныя изданія разныхъ текстовъ, библіографическіе указатели, календари и проч.; мы хотимъ установить границу, которую, къ сожалѣнію, часто забываютъ, между требованіями отъ такихъ изданій и отъ ученыхъ

ють понятнымъ и въ извѣстной степени необходимымъ появленіе этого особаго рода сочетанія обязательствъ? Всѣ они въ одинаковой степени противоположны матерьялизирующей тенденціи новаго права и всѣ носятъ одинъ хактеръ строгаго формализма,—это novatio, litis contestatio et delegatio; и разъясненіе формальныхъ функцій каждаго изъ этихъ актовъ составляетъ (независимо, конечно, отъ предшествующихъ литературныхъ и во многомъ очень важныхъ трудовъ, о которыхъ мы бу-

---

трудовъ. Совершенно разныя вещи—языковѣдѣніе и карманный словарь, правовѣдѣніе и сопоставленіе текстовъ, астрономія и календари. Совершенно желая успѣха и этимъ предпріятіямъ, мы рекомендуемъ неоцѣненную для такихъ цѣлей по нашему вопросу небольшую книжку Франца Самхабера,—Zur Lehre von der Correalobligation im römischen u. heutigen Recht von d—r Franz Samhaber. Erlangen. 1861. Онъ предлагаетъ обширный литературный очеркъ, останавливаясь, впрочемъ, преимущественно на книгахъ, прямо имѣющихъ предметомъ корреалитетъ и солидарность. Позднѣйшія явленія отмѣчены у Виндшейда въ учебникѣ; см. соотвѣтствующіе §§, а также въ словарѣ Holtzendorff'а подъ словомъ Solidar und Correalobligationen, гдѣ любопытные могутъ найти указанія на саксонское законодательство и на Codice civile italiano. Сожалѣемъ, что не можемъ точно процитировать одной книги по австрійскому праву, которую намъ случайно привелось видѣть въ Гёттингенѣ и которой мы не нашли позже въ Прагѣ. Самхаберъ въ упомянутомъ сочиненіи дѣлаетъ также указанія и выдержки изъ торговаго и вексельнаго права, изъ законодательствъ прусскаго, австрійскаго, французскаго, цюрихскаго и разныхъ проектовъ. Что касается статей русскаго законодательства, то въ нихъ мы вовсе не нашли бы побужденія взять вопросъ о корреальности предметомъ спеціальныхъ изысканій; но это не значитъ, чтобъ для русскаго права и для русской практики вопросы, которыхъ мы касаемся, не имѣли бы практическаго интереса. Ближайшаго примѣненія нашихъ выводовъ къ требованіямъ русской практики мы не принимаемъ на себя, въ виду необходимости для этихъ цѣлей совершенно другаго характера изысканій, чѣмъ тѣ, которыя мы дѣлали. Быть можетъ, у насъ найдутся люди, которымъ будетъ подручнѣе сдѣлать такія изысканія, чѣмъ намъ, и мы думаемъ, что нашимъ трудомъ мы скорѣе посодѣйствуемъ, чѣмъ помѣшаемъ ихъ успѣху.

демъ говорить дальше) существеннымъ образомъ ученую заслугу писателей средины шестидесятыхъ годовъ. Различіе делегаціи и новаціи строго и точно проведено лишь Сальпіусомъ. Въ связи съ формальнымъ дѣйствіемъ новаціи, особенно въ виду совершенно специфическаго дѣйствія римской делегаціи (solvit qui reum delegat), которую новая германская практика вовсе не признаетъ, давая приказу лишь тогда силу, разрѣшающую обязательство, когда по немъ послѣдовало матерьяльное удовлетвореніе (Anweisung ist keine Zahluug), въ связи съ этими двумя явленіями, столь родственными формальной природѣ корреальнаго обязательства,—становится совершенно понятнымъ и одинаковое отчужденіе отъ нихъ теперешней мысли и невозможность яснаго уразумѣнія ихъ оборотнаго значенія одного безъ другаго. Если достаточно акта делегаціи, чтобъ, независимо отъ его матерьяльныхъ послѣдствій, разрѣшено было обязательство между делегирующимъ (delegans) и делегатомъ съ одной стороны и делегатаромъ съ другой,—если тутъ ничего, кромѣ формальнаго акта, не нужно, если то же самое явленіе, та же формальная сила дѣйствуетъ и въ новаціи, если она составляетъ основное свойство стипуляціи,—то, спрашиваемъ мы, можетъ ли быть иначе при корреалитетѣ, гдѣ, какъ мы покажемъ дальше (см. объ установленіи корреальнаго обязательства), все дѣло въ противупоставленіи двухъ стипуляцій ejusdem potestatis, которыя не поглощаютъ тотчасъ одна другую потому только, что въ минуту ихъ возникновенія неизвѣстно, non potest reperiri, cur altera potius quam altera consumeretur, и которыя должны консумировать одна другую, едва измѣнится это ихъ сначала взаимно нейтрализованное противупоставленіе? На этотъ во-

просъ—можетъ ли быть иначе съ этимъ явленіемъ, чѣмъ со всѣми другими подобными въ эту эпоху—мы отвѣчаемъ, что здѣсь должна дѣйствовать та же абсолютная сила формальныхъ актовъ, какъ и въ делегаціи, должна съ закономъ формальной логической необходимости.

Итакъ, исходя отъ одного явленія, мы дѣлаемъ вопросъ общимъ для цѣлаго ряда ихъ, и отвѣтъ дается самъ собой. Развитіе формальныхъ обязательствъ и всей техники, съ ними связанной, есть выраженіе той эпохи въ жизни народа, или того состоянія народнаго духа, гдѣ аутономія воли въ сферѣ частнаго права составляетъ послѣдній критерій достоинства и силы сдѣлки. Актомъ воли, выразившейся въ словѣ, безапелляціонно, безъ всякаго приложенія матерьяльныхъ критеріевъ, безъ всякой послѣдующей повѣрки или поправки силы акта, разрѣшаются окончательно всѣ вопросы права. Эти акты въ ней самой, въ волѣ лица находятъ себѣ свою лучшую пробу. Не нужно ждать, оправдается ли матерьяльнымъ образомъ мой разсчетъ или мои ожиданія, когда разъ я выразилъ мою волю. Бдительность мысли и зрѣлость воли не можетъ быть заподозрѣна: это ея качества, безъ которыхъ ея нѣтъ, безъ которыхъ не существуетъ ни лица, ни права въ эту пору здороваго развитія дѣловыхъ характеровъ. (Тѣ же черты отличаютъ обязательства и нѣкоторые виды процесса въ современномъ англійскомъ правѣ.)

Въ какомъ противуположеніи съ этими началами стоятъ явленія позднѣйшаго и современнаго общаго права,—мы не имѣемъ надобности здѣсь еще разъ говорить,

указавъ выше, что лишь упорнымъ научнымъ трудомъ и совершеннымъ отреченіемъ мысли отъ характеристическихъ признаковъ современнаго права (матерьяльность) возможна стала правильная теоретическая реконструкція совсѣмъ иныхъ началъ, на которыхъ покоится римскій формализмъ и вся система строгаго права.

Если, однако, такъ слѣдуетъ характеризовать современное общее право, то совершенно иные признаки, приближающіеся къ началамъ римскаго формализма,— та же бдительность и зоркость, та же зрѣлость воли, та же рѣшающая сила ея, не зависящая отъ повѣрки матерьяльными соображеніями,—усматриваются въ свойствахъ специальныхъ институтовъ торговаго и вексельнаго права. Любопытно, что юридическія формы сдѣлокъ въ торговыхъ центрахъ сѣверной Германіи (Гамбурга, Любека) служатъ для ученыхъ юристовъ—практиковъ, каковъ Бэръ, въ особенности Сальпіусъ, средствомъ истолкованія самыхъ загадочныхъ явленій римскаго кредитнаго оборота.

Если опытъ, сдѣланный Ihering'омъ на девятомъ съѣздѣ юристовъ, возстановить въ сознаніи руководящихъ людей достоинство и практическую пригодность одного изъ элементовъ римскаго формализма (condictiones), не имѣлъ полнаго успѣха, то это свидѣтельствуетъ не о недостаткахъ предложеннаго, а о свойствахъ почвы, на которую оно упало. Очевидно, въ общемъ господствующій уровень ниже, чѣмъ предполагалъ знаменитый истолкователь римскаго права, и та точка зрѣнія на свой-

ства народнаго сознанія, которую старался установить Гессе [6]), при всѣхъ ея нелестныхъ свойствахъ, есть болѣе справедливая.

---

6) Ueber das Wesen und die Arten der Verträge. von d—r Ch. A. Hesse. Iena, Mauke's Verlag 1868. Въ заключеніе своего труда, отыскавъ свой идеалъ права въ эпохѣ позднѣйшихъ цезарей (восточныхъ), Гессе, *по поводу формальныхъ контрактовъ*, съ неожиданнымъ безстрашіемъ обращаетъ республиканское Senatusconsultum ultimum къ юристамъ и государственнымъ людямъ, которые будутъ участвовать въ законодательствѣ по обязательственному праву. Впрочемъ, все сочиненіе носитъ болѣе агитаторскій, чѣмъ научный характеръ. Гессе, изслѣдуя римское право, съ особымъ чувствомъ собственнаго достоинства отворачивается отъ лучшихъ пріемовъ исторической критики, чтобы получить тѣ результаты, какіе ему, по его соображеніямъ, кажутся полезными. Впрочемъ, для торговаго міра тѣ же опасности, которыми онъ старается запугать будущихъ законодателей, и по его мнѣнію, не существуютъ.

ОТДѢЛЪ I.

КРИТИЧЕСКАЯ ОЦѢНКА ДВУХЪ ТЕОРІЙ КОРРЕАЛЬНАГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

Въ виду установленной такимъ образомъ задачи изслѣдованія возможно обратить къ намъ вопросъ: чтоже, и до сихъ поръ изученіе природы корреальнаго обязательства было ошибочно направляемо, и именно въ той литературѣ, которая для насъ же самихъ служитъ такимъ необходимымъ, такимъ существеннымъ пособіемъ? Мы отвѣчаемъ - да. Чтобы по возможности оріентироваться въ многочисленныхъ попыткахъ объяснить загадочное явленіе, мы избираемъ двѣ главныя, къ которымъ съ точки зрѣнія историко-юридической становимся въ отношеніе критики,—это теорія единства обязательства, съ одной стороны, и субъективной альтернативности, съ другой. Ближайшимъ образомъ первая принадлежитъ Риббентропу, вторая Фиттингу.

Независимо отъ заслугъ Риббентропа, которыхъ нельзя не признать за нимъ, въ первый разъ [7]) точно,

---

7) Слѣдуетъ замѣтить, что трудъ Риббентропа, названный выше, тѣснѣйшимъ образомъ связанъ съ изслѣдованіемъ Keller'а, Ueber Litis Contestation und Urtheil, von d—r Keller, Zürich, 1827. Связь эта не есть внѣшняя, а внутренняя, ибо выдающуюся черту въ природѣ корреальнаго обязательства составляетъ именно специфическое дѣйствіе на него litis contestatio. И такъ, изслѣдованіе Келлера составляло необходимое предшествіе для работы Риббентропа. Въ свою очередь изслѣдованіе самого Келлера

на основаніи источниковъ и послѣдовательно проведеннаго противуположенія солидарныхъ и корреальныхъ обязательствъ, въ какое собственно отношеніе ставитъ

находится въ самой тѣсной зависимости отъ недолго до того сдѣлавшихся извѣстными четырехъ книгъ комментарій Гая. Оба писателя, и Келлеръ и Риббентропъ, стоятъ на границѣ между старой и новой литературой по тѣмъ вопросамъ, которые они изслѣдуютъ, и это не только въ смыслѣ различія взглядовъ, но также въ смыслѣ различія средствъ и, нѣкоторымъ образомъ, самаго предмета изслѣдованія. Съ этихъ обоихъ писателей мы имѣемъ право считать происхожденіе вопросовъ въ новомъ видѣ и при новыхъ средствахъ, которыя даетъ Гай. Для состоянія вопроса до появленія обоихъ сочиненій можно найти указанія у Келлера, стр. 15—31 (Келлеръ, какъ и его знаменитый учитель Савиньи, не считаетъ себя обязаннымъ пересчитывать всевозможную литературную рухлядь, съ которой такъ бережно обращаются другіе писатели—юристы, стр. 15, примѣч. 2) и у Риббентропа §§ 1 и 2, также у Samhaber'a въ указанномъ выше сочиненіи и у Кунце, Singul. suc. стран. 117. Независимо отъ важныхъ заслугъ для исторіи процесса, у Келлера мы находимъ прямо опредѣлившимися положенія, которыми такъ или иначе пользовались позже въ ученіи о корреалитетѣ (см. стр. 419—496). Литературныя замѣтки Риббентропа вовсе не лишены важности. Если со времени глоссы и позже, наконецъ у Куяція и Антона Фабера litis contestatio толкуется какъ petitio effectualis, чѣмъ сглаживается существенный признакъ различія между корреальностью и солидарностью, и вопросъ сводится на ту матерьяльную точку зрѣнія, которая ему наименѣе свойственна, то два позднѣйшіе экзегета, Дуаренъ и Мельхіоръ-де-Валенсіа, съ поразительной вѣрностью отмѣтили ту черту различія между обязательствами (obligationes stricti juris ubonae fidei), которой существенно условливается свойство корреальности съ одной стороны и солидарности съ другой. Риббентропъ, къ сожалѣнію, очень невысоко цѣнитъ ихъ заслуги. Но въ послѣднее время одинъ изъ солиднѣйшихъ французскихъ романистовъ, Demangeat, въ указанномъ выше сочиненіи, гдѣ онъ обнаруживаетъ полное обладаніе и источниками и современной нѣмецкой литературой, очень близко подходитъ (по видимому независимо отъ названныхъ экзегетовъ) къ ихъ идеямъ. Что касается Pothier, то нѣмцы мало къ нему обращаются, и мы приводимъ здѣсь указанія Demangeat, имѣвшаго, конечно, больше другихъ побужденій изучать его, такъ какъ система обязательствъ въ Code civil построена, главнымъ образомъ, на его сочиненіяхъ. (См. стрр. 16 и 17, 47 и 48, 49, 78, 91, 119, 130, 137, 194, 237, 278 и слѣдующія, 311, 315, 360, 378, 381).

себя этотъ писатель къ матерьялу, который у него подъ руками? Съ помощью новыхъ свѣдѣній о дѣйствіи litis contestatio на обязательства, которыя даетъ Гай, Риббентропъ останавливается на существенной чертѣ, отличающей корреальное обязательство, на консумціи обоихъ обязательствъ посредствомъ предъявленія иска однимъ изъ вѣрителей или противъ одного изъ должниковъ, и, спрашивая, откуда происходитъ это явленіе, обращается снова къ тѣмъ же источникамъ, для того чтобы найти въ нихъ отвѣтъ. Такимъ образомъ, ему нужна готовая теоретическая конструкція института, которая expressis verbis была бы выражена классиками. Такова задача, и ее именно старается выполнить, этого результата достигнуть названный писатель. Мы думаемъ, что если по тѣмъ средствамъ, которыми располагаетъ авторъ, по изобилію историческаго матерьяла, онъ поставленъ совершенно иначе, чѣмъ старые истолкователи Corpus juris civilis, то по пріему изслѣдованія, совершенно догматическому, онъ не отличается отъ нихъ ничѣмъ.

И такъ, вопросъ въ томъ—почему litis contestatio прекращаетъ то и другое требованіе, или тотъ и другой искъ?

Риббентропу нуженъ отвѣтъ источниковъ, и они даютъ ему отвѣтъ, но не одинъ, а два.

Въ цѣломъ рядѣ мѣстъ, которыя почти всѣ исчерпаны Риббентропомъ и потомъ дополнены Фиттингомъ, мы имѣемъ опредѣленіе корреальнаго обязательства, какъ единаго со многими вѣрителями или должниками.

Пока мы станемъ на точку зрѣнія этихъ [8]) свидѣтельствъ, которыя для теоріи единства суть рѣшающія. Если въ самомъ дѣлѣ корреальное обязательство есть одно, не смотря на мультипликацію лицъ, то можетъ ли отсюда рождаться два иска? Конечно нѣтъ. Искъ долженъ быть одинъ. И такъ, одинъ или два вѣ-

---

8) Почему они, а не противуположныя имъ должны были казаться Риббентропу и за нимъ очень многимъ болѣе понятными и простыми,—объ этомъ мы сейчасъ будемъ имѣть случай говорить.

рителя, одинъ или два должника—это не мѣшаетъ единству обязательства. Единство обязательства есть именно то, что отличаетъ корреальность отъ солидарности.

Эта мысль о единствѣ, какъ она ни проста, не можетъ, однако, иначе получить сколько нибудь опредѣленнаго юридическаго содержанія, какъ при слѣдующемъ предположеніи. Надо принять за несомнѣнное, что въ обязательствѣ мы можемъ различать объективный составъ и совершенно отдѣльное отъ него личное отношеніе къ обязательству, которое собственно и способно мультиплицироваться, тогда какъ объективно обязательство будетъ оставаться все тѣмъ же. Такъ именно и поступаетъ Риббентропъ вслѣдъ за Келлеромъ [9]). Въ этомъ-то необходимомъ предположеніи, какъ увидимъ, [10]) и вся трудность. Допустивъ его, [11]) мы все остальное въ теоріи унитета послѣдовательно должны принять безъ всякаго видоизмѣненія. И такъ, если въ обязательствѣ есть особый объективный составъ, то понятно, что будутъ и способы его прекращенія, дѣйствующіе объективно (novatio, litis contestatio и проч.). Рядомъ съ этимъ будутъ идти еще другіе способы которые разрѣшаютъ только субъективное отношеніе того или другаго лица къ обязательству, оставляя самое обязательство нетронутымъ (напр. capitis deminutio). Вотъ въ очень сжатой формѣ существенныя черты ученія.

---

9) У Риббентр. см. § 5; у Келлера стр. 446 и слѣд.

10) Оно съ самаго начала составляло Ахиллесову пяту всей теоріи; см., напр., Rückert, стр. 2, 3, 19; Beckker, Processualische consumtion 1853, стр. 226, 227; Helmolt, Die Correalobligation, стр. 125 и слѣд., Kuntze, стр. 118.

11) Кунце (стр. 118) несправедливо упрекаетъ обоихъ писателей въ томъ, что источники не даютъ ни малѣйшаго непосредственнаго основанія для такого различенія. Мы согласны съ тѣмъ, что это ученіе вовсе неспособно служить къ уразумѣнію явленій римскаго обязательственнаго права, но есть несомнѣнно мѣста, въ которыхъ образъ выраженія можетъ подать поводъ къ указанному различенію. См. L. 19 D. h. t. (45. 2.), гдѣ Помпоній говоритъ: quum persona liberatur manente obligatione....

Въ этомъ ученіи, которое на первый взглядъ производитъ очень заманчивое впечатлѣніе простоты и естественности, труднѣе всего отыскать такой пунктъ, къ которому прикасаясь, Вы не разрушили бы всего зданія.

Итакъ, начнемъ съ вопроса: отчего эта конструкція казалась и кажется многимъ до сихъ поръ очень естественной? Дѣло въ томъ, что, сперва отыскивая въ источникахъ готовой теоріи, а потомъ выбирая изъ двухъ противуположныхъ отвѣтовъ, которые они предлагаютъ, одинъ и устраняя другой, Риббентропъ дѣйствовалъ не только догматически (т. е. безъ исторической критики, а съ помощью одного экзегетическаго пріема), но еще какъ догматикъ, совершенно связанный въ разумѣніи явленія не условіями, въ которыхъ оно возникло, а условіями своего времени. Въ силу указаннаго нами выше (см. введеніе) начала, характеризующаго теперешнее развитіе права (матерьяльность), въ отличіе отъ римскаго (особенно отъ системы juris civilis), всего менѣе понятна возможность такого сопоставленія двухъ обязательствъ, гдѣ одно силой (формальной), въ немъ заключенной, независимо отъ матерьяльныхъ результатовъ, способно консумировать другое. Duae obligationes ejusdem potestatis, которыя такъ сопоставлены, что нельзя опредѣлить, cur altera potius quam altera consumeretur, такая природа обязательствъ (natura obligationum duarum [12]) составляетъ для насъ нѣчто чуждое. Несравненно легче и проще (хотя и это заключаетъ въ себѣ Etwas Befremdendes) представить себѣ объективно (матерьяльно) единое обязательство, не смотря на многихъ вѣрителей или должниковъ. Мы это и дѣлаемъ, мы обращаемся къ мѣстамъ болѣе для насъ понятнымъ и устраняемъ менѣе понятныя,—тогда наша теорія получаетъ всеобщее признаніе и долгое время остается

12) Всѣ эти черты мы беремъ изъ характеристики, которую даютъ корреалитету Ульпіанъ и Венулей. L. 5 D. 46. 1. и L. 13 D. h. t. Все это впослѣдствіи будетъ разъяснено полнѣе.

господствующей; и не смотря на то, что она раешатана въ самомъ своемъ основаніи, теоретики, особенно составители руководствъ, [13]) сожалѣютъ о прошломъ времени.

Но мы, однако, не имѣли бы права возражать если не противъ правильности построенія ученія, то противъ его аутентичности (Quellenmässigkeit), если бы въ немъ дѣйствительно заключалась теорія, ученіе, принятое нѣкоторыми классиками и встрѣчавшее себѣ возраженіе у другихъ. [14]) Чтобы убѣдиться, что источники ничего подобнаго не заключаютъ въ себѣ, для этого достаточно сличить разныя мѣста, въ которыхъ говорится то объ одной, то о двухъ obligationes. Тогда мы замѣтимъ, что предполагаемое различіе теорій существуетъ вовсе не у разныхъ писателей, а у одного и того же. [15]) Допустить, что одинъ и тотъ же юристъ слѣдовалъ одновременно двумъ противуположнымъ теоріямъ мы, конечно, не имѣемъ никакого права. И такъ, въ этомъ явленіи заключается что либо совершенно иное. Мы полагаемъ, что вопросъ о примиреніи кажущихся противорѣчій долженъ быть поставленъ совершенно иначе, чѣмъ до сихъ поръ его ставили, а именно такъ: слѣдуетъ ли вообще приписывать классикамъ эту задачу—конструировать теорію корреальности, или то, въ чемъ мы хотимъ видѣть ученіе, теорію, имѣло у нихъ совершенно иной смыслъ и иную цѣль?

Стоитъ, думаемъ мы, съ нѣкоторымъ вниманіемъ сличить тѣ мѣста, которыя виндицируютъ въ свою пользу современные послѣдователи унитета, между собою, для

13) Извѣстно, что составители учебниковъ обыкновенно гораздо консервативнѣе, чѣмъ пишущіе независимо отъ этихъ цѣлей.

14) Нѣчто подобное предполагалъ Донелль въ различныхъ противурѣчивыхъ свидѣтельствахъ источниковъ. Впрочемъ, его идеи чрезвычайно далеки отъ современной постановки вопросовъ, послѣ открытія Гая, и представляютъ совершенно спеціальный интересъ для исторіи его времени.

15) Ср., напр., у Ульпіана L. 3, § 1, h. t.; L. 5 D. 46. 1. и L. 16 pr. D. 46. 4.

того, чтобы убѣдиться въ томъ, что въ нихъ нѣтъ никакого намека на теоретическую конструкцію, что они даютъ нѣчто совершенно иное, и что лишь настойчивое желаніе отыскать въ нихъ готовое ученіе могло дать имъ смыслъ теоретическихъ построеній. Какой результатъ мы получаемъ при сличеніи? Мы видимъ, что въ этихъ мѣстахъ слово obligatio смѣняется словомъ actio. Въ мѣстахъ противуположныхъ, напротивъ, словоупотребленіе гораздо болѣе постоянно [16]. Если мы примемъ во вниманіе столь частую замѣну понятій obligatio и actio одного другимъ въ римской терминологіи, то намъ будетъ понятно, отчего, говоря то una eademqve obligatio, то eadem actio, они этимъ отмѣчаютъ вовсе не то, что мы выражаемъ нашимъ понятіемъ obligatio [17]. Есть ли здѣсь теорія корреальнаго обязательства въ нашемъ смыслѣ? Мы думаемъ, никакой тѣни. Все, что имѣютъ въ виду классики,—это только обозначить при-

---

16) Ср. L. 3, § 1. h. t.; L. 9 pr. D. 2. 14; L. 5 C. h. t. pr. § 1. J. h. t. L. 116 de V. O. (это главные за унитетъ; Фиттингъ приводитъ еще массы непрямыхъ, стр. 17). L. 9. § 2. D. h. t. L. 3. L. 13. D. eod. L. 128 de V. O. L. 21, § 4. D. 46 1, L. 5 eod. L. 93, § 2 D. 46, 3 (за двойственность). Мы не выписываемъ здѣсь текстовъ, ибо будемъ имѣть случай позже возвращаться къ нимъ. За симъ мы не считаемъ возможнымъ что-либо основывать на тѣхъ мѣстахъ, въ которыхъ о корреальныхъ обязательствахъ говорится «obligatio, а не obligationes,» ибо здѣсь нѣтъ указанія на теорію единства, ср. Фиттингъ стр. 17.

17) Ульпіанъ говоритъ: quum una sit obligatio una et summa. L. 3, § 1, h. t. Павелъ въ очень важномъ мѣстѣ, обозначая корреальныхъ вѣрителей, говоритъ: Si plures sint, qui eandem actionem habent. Что касается вообще родства этихъ понятій въ римскомъ правѣ, то мы имѣемъ цѣлые трактаты, убѣждающіе насъ въ этомъ. См. особенно Виндшейда Actio des römischen civilrechts 1856; Muther'a Zur Lehre von der römisch. actio 1857 (рѣзкая нападка на Виндшейда). Actio Abwehr gegen Ih. Muther Windscheid 1857. Здѣсь ясно, въ какомъ противуположномъ отношеніи стоятъ у насъ и у Римлянъ понятія actio и obligatio. Въ первой брош. см. особенно стрр. 56—61. Мѣста источниковъ, напр., L. 8, § 1 D. 16. 1. L. 10 D. 19 1. Объ отклоняющемся примѣненіи слова obligatio еще: Das Pfandrecht von d—r Heinrich Dernburg, 1 Band, 1860, стр. 116. Иначе Кунце, singul suc., стр. 161.

знакъ, которымъ отличается солидарность отъ корреальности. Эти мѣста не заключаютъ въ себѣ ни одной іоты больше, чѣмъ всѣ тѣ, въ которыхъ о корреальномъ обязательствѣ говорится: altero convento alter liberatur. Это только черта извѣстнаго явленія. Задача теоріи (см. введеніе) вовсе не въ томъ, чтобы описать явленіе, а въ томъ, чтобы анализировать его природу. Говоря о томъ, что въ корреалитетѣ одинъ искъ или (особенно для пассивныхъ случаевъ) una obligatio, unum debitum, юристы [18]) классики не думали вовсе этимъ опредѣлить его природу, а хотѣли только указать на процессуальную сторону явленія корреальности, отличающую его отъ другихъ, которыя (особенно въ позднѣйшемъ развитіи корреалитета, см. ниже) легко было съ ними смѣшать. Но корреалитетъ есть такое сопоставленіе обязательствъ, или — все равно — обязанныхъ лицъ, которое существуетъ до иска, которое предшествуетъ иску, которое искомъ разрѣшается, и, какъ таковое, оно вовсе не опредѣляется одной процессуальной точкой зрѣнія. Мы можемъ сказать — корреальное обязательство есть такое, въ которомъ нѣсколько вѣрителей, но одинъ только изъ нихъ есть истецъ, или нѣсколько должниковъ и одинъ только есть отвѣтчикъ (конечно in solidum). Но мы этимъ опредѣляемъ только способъ дѣйствія по такому обязательству или по такимъ обязательствамъ и отличаемъ его отъ другаго способа дѣйствія, по другому виду обязательствъ. Здѣсь виденъ только результатъ, а не факторы его. Никакого отвѣта на вопросъ — почему это такъ происходитъ — въ этихъ мѣстахъ мы не находимъ; здѣсь именно рождается вопросъ, отсюда долженъ начать свои изысканія ученый теоретикъ, а не сюда приводить ихъ; здѣсь начало недоумѣній, а не разгадка ихъ, не конецъ имъ; отсюда идетъ потребность теоретическихъ соображеній, а не здѣсь лежитъ ихъ удовлетвореніе.

18) Мы не останавливаемся здѣсь на соображеніяхъ общаго характера, такъ мало говорящихъ въ пользу склонности римскихъ юристовъ къ теоретизированью.

Мы видѣли выше, что Риббентропъ, для того чтобы дать какое-либо опредѣленное юридическое содержаніе своему понятію единства обязательства, считаетъ необходимымъ различить объективный составъ обязательства и только субъективныя отношенія. Мы сказали, что въ этомъ предположеніи вся трудность. Между тѣмъ господствующая теорія принимаетъ его какъ извѣстное и не даетъ никакого критерія для того, чтобы различить оба понятія. И такъ, мы въ правѣ спросить—что же такое въ данномъ случаѣ субъективныя отношенія, какъ ихъ опредѣлить? Составляютъ эти субъективныя отношенія то же обязательство или нѣтъ? Когда посредствомъ capitis deminutio прекращаются эти субъективныя отношенія, то обязательство этого лица прекращается или иное что? Мы думаемъ, что именно обязательство, ибо иного отношенія нѣтъ возможности здѣсь предположить, но здѣсь обязательство извѣстнаго лица прекращается такъ, что не оказываетъ этимъ вовсе вліянія на другое. Есть другіе способы прекращать обязательство, которые иначе дѣйствуютъ. Въ чемъ заключается эта техника, отъ чего она зависитъ, гдѣ имѣетъ мѣсто,—это именно и будетъ составлять задачу нашего изслѣдованія, въ его позитивной части.

Пока мы резюмируемъ результаты анализа такъ называемой теоріи унитета. Ея авторъ относится къ источникамъ не какъ историческій изслѣдователь, а какъ догматикъ. Онъ ищетъ въ источникахъ не того, что они даютъ и что способны дать, а того, что болѣе соотвѣтствуетъ требованіямъ и взглядамъ его времени и приписываетъ имъ такія задачи (теоретическія), которыя ему, а не источникамъ свойственны. Вмѣсто историческаго или историко-критическаго пріема мы встрѣчаемся вездѣ съ настоящимъ догматизмомъ. Съ этой точки зрѣнія для Риббентропа важно устранить кажущееся противорѣчіе мѣстъ, и онъ старается этого достигнуть, жертвуя одними свидѣтельствами въ пользу другихъ. У насъ остается однако цѣлый рядъ мѣстъ, вовсе не повинующихся его видамъ. У Папиніана читаемъ: etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilo minus in cu-

jusque persona propria singulorum consistit obligatio. У Венулея: Si reus promittendi alteri reo heres extiterit duas obligationes eum sustinere dicendum est. У Ульпіана: qvum vero duae ejusdem potestatis sint, non potest reperiri, cur altera potius, qvam altera consumeretur. L. 9, L. 13 D. h. t., L. 5 D. 46, 1. Задача—открыть рѣшающій догматизмъ въ мѣстахъ источниковъ—не достигнута; въ результатѣ получается внѣшнее описаніе явленія, безъ всякаго анализа, безъ всякаго изученія его внутренней природы.

Въ извѣстной книгѣ Савиньи объ обязательствахъ [19]) ученіе о корреалитетѣ изложено именно съ той точки зрѣнія, которая опредѣлилась въ первый разъ вполнѣ и всесторонне въ разобранномъ нами сочиненіи. Понятіе корреальнаго обязательства получается посредствомъ противуположенія съ другими явленіями и лишь въ заключеніе мы узнаемъ, что корреальное обязательство есть единое со многими вѣрителями или должниками.

Процессъ мыслей, который проходитъ знаменитый романистъ, есть слѣдующій:

Съ существомъ обязательства необходимо связано противуположеніе двухъ лицъ, одного вѣрителя и одного должника.—Однако факты, изъ которыхъ слагается обязательство, могутъ быть такого свойства, что оно, со стороны или вѣрителя или должника, или со стороны обоихъ, относится не къ одному лицу, а одновременно ко многимъ. Для такихъ случаевъ слѣдуетъ принять какъ *правило,* что въ этомъ кажущемся простомъ обязательствѣ столько отдѣльныхъ, независимыхъ обязательствъ, сколько лицъ на одной изъ сторонъ. Я обѣщалъ двоимъ 100,—это то же, что каждому было бы обѣщано по 50-ти.

Можетъ, однако, въ видѣ *исключенія,* волею лицъ, быть установлено такое отношеніе, въ которомъ одно и тоже обязательство всецѣло и нераздѣльно относится

---

19) Das Obligationenrecht, 1851.

къ каждому изъ многихъ вѣрителей или къ каждому изъ многихъ должниковъ. Въ этомъ именно исключительномъ случаѣ такого единаго обязательства со многими вѣрителями или должниками и заключается все существо корреальнаго обязательства (ächte Correalobligation) [20]). Отсюда, изъ этого понятія должно само собою слѣдовать то дѣйствіе, какое имѣетъ на корреальное обязательство litis contestatio. [21]) Не вездѣ, однако, гдѣ нѣсколько лицъ являются обязанными на цѣлое, на все (in solidum), есть этотъ исключительный случай единаго обязательства. Случайно тоже явленіе можетъ имѣть мѣсто и при нѣсколькихъ, независимыхъ одно отъ другаго, обязательствахъ (unächte Fälle der Correalität).

Наиболѣе характерная сторона ученія Савиньи заключается въ его взглядахъ на регрессъ. Если до этого можно было думать, что Савиньи различаетъ природу формальныхъ отношеній, которыми опредѣляется корреальное обязательство, въ отличіе отъ солидарнаго, то въ ученіи о регрессѣ нельзя не придти къ совершенно иному заключенію. Посредствомъ регресса всѣ отношенія въ корреалитетѣ сводятся къ тому результату, который собственно имѣетъ мѣсто въ обязательствѣ проратарномъ. Въ виду этого и той цѣли, которою опредѣляетъ Савиньи весь институтъ (Sicherheit und Beqvemlickkeit in der Rechtsverfolgung), трудно сказать, почему Савиньи не отрекся для современнаго права (съ законодательной точки зрѣнія) вовсе отъ этого института въ пользу солидарныхъ обязательствъ, которыя существенно не рознятся отъ корреальныхъ ничѣмъ, кромѣ отвлеченнаго понятія единства и характера игры (Glücksspiel), въ нихъ скрытаго и требующаго поправки посредствомъ регресса [22]).

---

20) Сравни § 16. Савиньи не слѣдуетъ опасному пріему расчлененія въ обязательствѣ объективнаго состава и субъективнаго отношенія.

21) Ср. § 19, стр. 181; § 22—25.

22) Ср. § 23.

Въ виду такого состоянія вопроса у руководящаго писателя, меньше всего можно удивляться внезапно поднявшемуся протесту противъ всѣхъ элементовъ старой конструкціи, отчасти даже противъ всякой внутренней необходимости различать корреальность отъ солидарности. Рюкертъ смѣло объявляетъ, что всѣ особенности, отличающія корреалитетъ отъ солидарности, суть совершенно позитивнаго происхожденія. [23]) Такимъ образомъ природа обоихъ обязательствъ существенно не различается... Мы ушли опять назадъ, но нѣсколько дальше, чѣмъ желалъ Виндшейдъ....

Несравненно болѣе вѣрно, чѣмъ въ позднѣйшихъ нѣмецкихъ попыткахъ, недостатокъ теоріи единства отмѣченъ названнымъ выше французскимъ писателемъ Demangeat. Раздѣляя, вообще говоря, точку зрѣнія господствующей въ Германіи теоріи, Demangeat дѣлаетъ ей одинъ въ высшей степени практическій упрекъ. Cette doctrine, говоритъ онъ, me paraît parfaitement exacte: la distinction entre le cas, où il y a unité d' obligation (correalité) et le cas, où il y a autant d' obligations, que de personnes obligées (simple solidarité) entraine des différences pratiques fort importantes. Но, спрашиваетъ онъ, по какому же признаку мы въ данномъ случаѣ узнаемъ, что такое-то обязательство есть солидарное, а не корреальное, и наоборотъ. A cet égard, продолжаетъ Demangeat, j' ai été frappé il y a déjà longtemps de la singulière lacune, qui existe dans les travaux des interprètes les plus estimables. [23 a])

---

23) Ср. Zeitschrift für Civilrecht und Process. Neue Folge XII. I (1854) стр. 19—33.

23 а) Несомнѣнно, что французы, независимо вообще отъ большаго практическаго такта, свойствами своего права, воособенности въ отношеніи къ разсматриваемому вопросу, поставлены въ ближайшую возможность легче уразумѣть элементы римскаго формализма, ибо уже давно, до кодификаціи, у нихъ рѣшены были тѣ вопросы, которые до сихъ поръ составляютъ предметъ горячихъ состязаній у нѣмцевъ. Такъ воособенности о cautio, quae

Въ самомъ дѣлѣ, нѣмецкая юридическая литература представляетъ такое превозмогающее изобиліе ученыхъ работъ и часто такъ мало даетъ отвѣта на вопросы практики, что обширныя ученыя предпріятія кажутся предназначенными для чтенія опять [24]) тѣхъже ученыхъ. Лишь два послѣднія десятилѣтія юридической литературной дѣятельности въ Германіи обнаруживаютъ иное направленіе въ духѣ изслѣдованія, и въ особенности имена Либе, Тёля, Дельбрюка, Бэра, Гольдшмита, Сальпіуса могутъ справедливо служить показателями поднимающагося уровня практическихъ требованій и возбудить самыя лучшія ожиданія при тѣхъ роскошныхъ средствахъ, которыми располагаетъ нѣмецкая школьная дисциплина.

Практическая сторона вопроса о корреальномъ обязательствѣ, какъ ее понимаетъ Demangeat, нигдѣ не можетъ получить себѣ лучшаго разъясненія, чѣмъ въ римской литературѣ, ибо и понятіе корреальности есть чисто римское, и задача римской юриспруденціи есть преимущественно практическая. И такъ, тотъ вопросъ, который представлялся юристу-классику, заключался не въ этой темѣ, съ однимъ или двумя обязательствами онъ имѣетъ дѣло, а въ совершенно другой: что въ данномъ случаѣ есть на лицо, въ какомъ качествѣ является истецъ, въ качествѣ ли прокуратора по чужому иску, въ качествѣ ли корреальнаго [25]) вѣрителя или солидарнаго.

---

indiscrete loquitur. Code Nap. art. 1132: La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. Ср. Pothier oblig., n. 758, 4-e.

24) Конечно, въ значительной степени, какъ протестъ противъ кабинетнаго направленія, слѣдуетъ разсматривать публикацію Ihering'омъ его новыхъ Civilrechtsfälle, гдѣ разбираемые юридическіе казусы происходятъ въ вагонахъ, гостинницахъ, съ кондукторами, кельнерами и пр.

25) Противуположеніе обѣихъ первыхъ возможностей могло бы послужить предостереженіемъ для Бринца противъ его конструкціи (см. выше).

Quum te in Gallia cum Syntropho certum auri pondus itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, ut Romae solveretur, precibus asseveras, aditus competens judex, si duos reos stipulandi, vel re pro solido tibi quaesitam actionem, sive ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animadverterit, totum debitum, alioquin quod dedisti solum restitui tibi jubebit. [26]).

Какимъ образомъ узнавалъ судья во времена Діоклетіана и Максиміана, есть ли въ данномъ случаѣ корреальный или другой вѣритель,-на это самый ясный отвѣтъ даетъ римская литература.

Но прежде, чѣмъ мы перейдемъ къ анализу вопроса на прямомъ основаніи источниковъ, намъ необходимо ознакомиться еще съ одной попыткой объяснить природу явленія, которая несомнѣнно выше другихъ и, главнымъ образомъ, имѣетъ для насъ важность по ея постоянно прямому отношенію къ источникамъ [27]). Мы разумѣемъ Фиттинга.

Понятіе единства или множества обязательствъ, какъ оно выражается указанными выше свидѣтельствами источниковъ, не можетъ, по мнѣнію этого писателя, служить рѣшающимъ для вопроса о природѣ корреальнаго обязательства: надо отыскать въ источникахъ другой, болѣе постоянный, болѣе надежный критерій, и этотъ критерій Фиттингъ видитъ не въ отвлеченныхъ

---

26) L. 9. C. si certum petatur 4. 2.

27) Мы можемъ рекомендовать приложенный къ книгѣ Фиттинга, названной выше, указатель мѣстъ, какъ почти совершенно исчерпывающій весь обширный матерьялъ, подлежащій изученію. Прямо относящихся къ вопросу мѣстъ, которыхъ бы не имѣлъ въ виду этотъ писатель, намъ случилось встрѣтить очень немного. Мы не хотимъ сказать, чтобы указатель Фиттинга замѣнялъ собою непосредственный пересмотръ матерьяла, ибо часто мѣста, стоящія лишь въ отдаленной связи съ разсматриваемымъ вопросомъ, способны пролить на него очень яркій свѣтъ. Наконецъ, конечно, ничто и никогда не способно замѣнить изученія памятника, которое

положеніяхъ, выраженныхъ тѣмъ или другимъ юристомъ, а въ рѣшеніяхъ, которыя они даютъ по вопросамъ о солидарномъ и корреальномъ обязательствѣ. Въ подробномъ анализѣ этихъ, какъ ихъ называетъ Фиттингъ, рѣшеній онъ отдѣляетъ такія, которыя говорятъ въ пользу господствующей теоріи, отъ такихъ, которыя не подтверждаютъ ее. То, что Фиттингъ называетъ рѣшеніями, составляетъ собственно случаи примѣненія разныхъ способовъ прекращенія обязательствъ (acceptilatio, novatio, litis contestatio, confusio и т. д.) къ обязательствамъ, въ которыхъ нѣсколько вѣрителей или нѣсколько должниковъ При этомъ анализѣ оказывается, что, напримѣръ, acceptilatio прекращаетъ обязательство совершенно, для всѣхъ лицъ (объективно), не только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ господствующая теорія принимаетъ единое обязательство (корреалитетъ), но и въ тѣхъ, гдѣ она принимаетъ лишь солидарность многихъ должниковъ, гдѣ, стало быть, обязательствъ нѣсколько. То же самое и для novatio.

Что касается litis contestatio, то здѣсь Фиттингъ, конечно, не расходится съ господствующимъ мнѣніемъ, и самъ пользуется ею для того, чтобы положить границу между солидарностью и корреальностью, но, какъ сейчасъ увидимъ, онъ пользуется ею совершенно иначе, чѣмъ Риббентропъ, и сводитъ дѣйствіе litis contestatio не къ процессуальной консумціи, не къ началу единства обязательства, которое, разъ выведенное въ

важно не для одного только вопроса. Мы хотѣли сказать только, что указатель Фиттинга можетъ служить образцемъ для такого рода работъ во всѣхъ отношеніяхъ. На всемъ пространствѣ намъ удалось замѣтить только одну существенную опечатку, которая можетъ затруднить пріисканіе надлежащаго мѣста,—это указаніе на книгу пандектовъ 26, титулъ 7-ой, гдѣ слѣдуетъ 7-ой титулъ замѣнить 8-мъ. Такія мѣста, которыя прямо относятся къ вопросу (мы говоримъ только о *прямо* относящихся) и которыхъ не имѣлъ въ виду Фиттингъ, суть слѣдующія: L. 42, § 5 D. 3. 3. L. 8 D. 13. 4. L. 1 § 31 D. 16. 3. L. 31 § 10 D. 21. 1. L. 51 § 4. D. 21. 2. L. 6, § 1 D, 34. 4. L. 35 § 6 D. 39. 6. L. 25 pr. D. 42. 8. L. 15 § 2 D. 43, 24. L. 17 и 18 D. 44 7. L: 9. C. 4. 2.

судъ, не можетъ, такъ какъ оно одно, быть опять, еще разъ выведено въ судъ, а къ совершенно другому принципу.

За тѣмъ, не благопріятными понятію единства обязательства оказываются тѣ явленія (рѣшенія), въ которыхъ господствующее ученіе принимаетъ такъ называемое субъективное вліяніе, случаи, гдѣ не обязательство-де, а только личное отношеніе того или другаго вѣрителя или должника порывается силой извѣстнаго акта или событія.

Для насъ здѣсь менѣе важны тѣ возраженія, которыя Фиттингъ направляетъ противъ ученія о консумціи обязательства посредствомъ выведенія его въ судъ (obligatio in judicium deducta). Эту сторону вопроса мы разъяснимъ дальше. Здѣсь ближайшимъ образомъ мы имѣемъ въ виду оцѣнку не критической, а догматической стороны ученія.

Мы въ правѣ сказать, что Фиттингъ [1]) переводитъ вопросъ о разбираемомъ явленіи на совершенно новую точку зрѣнія. Если всѣ попытки, которыя дѣлались до тѣхъ поръ, отчасти и позже, клонились къ тому, чтобы согласовать оригинальное явленіе корреалитета съ понятіемъ обязательства и его существенными реквизитами, то здѣсь вопросъ о природѣ обязательства [2]) превращается въ вопросъ собственно о содержаніи правъ одного вѣрителя, когда много должниковъ (корреальныхъ), или правъ каждаго изъ вѣрителей, когда должникъ одинъ (послѣдняя сторона вопроса, активная корреальность, менѣе ясна, чѣмъ первая, и мы сейчасъ увидимъ—почему.) И такъ, дѣло вовсе не въ томъ, что за обязательство представляетъ собою корреалитетъ, а лишь въ томъ, что имѣетъ вѣритель, гдѣ граница его правъ, и, конечно, обратно, гдѣ граница обязанностей должника. [3])

1) Литературную сторону вопроса, отношеніе Фиттинга къ Гиртаннеру, Коху и т. д. мы устраняемъ.

2) См. особенно стр. 24.

3) См. особенно § 35 и 36. Не думаемъ, чтобы внимательное чтеніе книги могло привести къ иному заключенію.

Такова постановка задачи въ ея новомъ видѣ у новаго руководящаго писателя.

Едва вопросъ переведенъ на эту новую точку зрѣнія, какъ все положеніе дѣла, все содержаніе его, становится совершенно инымъ. Если задача не въ томъ, чтобы опредѣлить природу обязательства, а въ томъ, чтобы опредѣлить содержаніе правъ вѣрителя и обязанностей должника при извѣстной модификаціи въ составѣ обязательства, то вопросъ этотъ существуетъ одинаково и для случаевъ, когда обязанными являются нѣсколько лицъ, и для случаевъ, когда въ обязательство вводится нѣсколько предметовъ. И тутъ и тамъ содержаніе правъ вѣрителя можетъ быть опредѣлено предоставленной ему возможностью выбирать. Вѣритель выбираетъ то или другое изъ двухъ лицъ, или тотъ или другой изъ двухъ предметовъ введенныхъ въ обязательство. Если таково именно положеніе вѣрителя, то существеннымъ образомъ содержаніе его права въ обязательствѣ корреальномъ (гдѣ онъ выбираетъ одного изъ должниковъ) и въ обязательствѣ альтернативномъ (гдѣ онъ выбираетъ одинъ изъ предметовъ, или одно изъ дѣйствій) есть одинаковое. Отсюда одинъ шагъ къ тому, чтобы весь вопросъ о природѣ корреальнаго обязательства свести къ этой цѣли изслѣдованія и совершенно отожествить его съ вопросомъ о природѣ обязательства альтернативнаго. Такъ и поступаетъ Фиттингъ.

Этой новой постановкой вопроса отношеніе изслѣдователя къ источникамъ измѣняется въ томъ смыслѣ, что задачей разысканій становятся не тѣ только мѣста, въ которыхъ говорится о корреальномъ обязательствѣ, а совершенно въ такой же мѣрѣ и тѣ, которыя касаются предполагаемаго параллельнаго явленія. Если та или другая сторона корреальнаго обязательства вовсе не уясняется источниками съ точки зрѣнія правъ вѣрителя, то для объясненія ея берутся мѣста и положенія, касающіяся обязательства альтернативнаго. Такъ какъ вообще сравненіе идетъ къ случаямъ корреалитета пассивнаго, то корреалитетъ активный оставляется въ тѣни. Это мы назовемъ измѣнившимся въ *количественномъ*

смыслѣ отношеніемъ къ источникамъ: изслѣдователь имѣетъ отчасти въ виду еще и другой матерьялъ, чѣмъ тотъ, надъ которымъ оперировали прежніе ученые.

Но измѣняется ли вмѣстѣ съ тѣмъ *качественно* отношеніе къ источникамъ, слѣдуетъ ли Фиттингъ иному методу изслѣдованія, чѣмъ Риббентропъ?

На это мы, въ виду прежде уясненныхъ сторонъ методологическаго вопроса, попытаемся отвѣтить раздѣльно въ слѣдующемъ двоякомъ отношеніи.

Во первыхъ, насколько къ явленію римскаго формализма Фиттингъ умѣлъ отнестись свободно отъ несвойственныхъ ему, иныхъ условій современнаго правовоззрѣнія? [4]) Во вторыхъ какой методъ, простаго ли догматизма или историко-юридическій, онъ прилагаетъ къ своему матерьялу (объ этомъ второмъ вопросѣ см. отдѣлъ II)?

Начнемъ съ замѣчанія общаго методологическаго характера. Любопытно, что Фиттингъ къ объясненію явленія сложнаго самого по себѣ идетъ не путемъ анализа, а путемъ аналогіи. Предметомъ аналогическаго сопоставленія избрано опять сложное явленіе. Быть можетъ, Фиттингъ не самъ пришелъ къ такому способу дѣйствія, а слѣдуетъ образцу классиковъ? Мы готовы уступить ему это преимущество. Но дѣло въ томъ, что классики, обращаясь къ сравненіямъ, выдѣляли только общіе моменты двухъ въ извѣстномъ отношеніи сходныхъ явленій, которыхъ все различіе они ясно сознавали, независимо отъ этого. Фиттингъ, наоборотъ, хочетъ этимъ путемъ дать ясность тому, что для него неясно, и мы думаемъ, что онъ заблуждается.

Такимъ образомъ, Юлій Павелъ говоритъ:

> Si duo rei stipulandi ita extitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur, ei, qui non

---

4) Просимъ допустить это, кажется, не принятое сочетаніе, которое однако образуется также легко, какъ слова: міровоззрѣніе, или міросозерцаніе, которыя у насъ очень употребительны.

habet promissorem obligatum, non recte solvitur, quia non alterius nomine ei solvitur sed suae obligationis, quae nulla est. Eadem ratione qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit ejus esse, non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem. [1])

Сравненіе въ высшей степени умѣстно именно въ томъ точномъ случаѣ, для котораго оно приводится. Оно даетъ полнѣйшую осязательность обоимъ явленіямъ. Но попытайтесь обобщить этотъ пріемъ аналогіи, возвести его въ принципъ изслѣдованія и Вы тотчасъ почувствуете фальшъ. У классиковъ это не есть руководящій пріемъ, и они слѣдуютъ ему тамъ, гдѣ онъ способенъ дать осязательность разумѣнію. Посмотримъ, что у Фиттинга получается изъ его сравненія? Съ помощью его онъ пришелъ къ безразличію вопросовъ существенно разныхъ и свелъ задачу изслѣдованія къ общей темѣ—правъ вѣрителя и обязанностей должника. Съ точки зрѣнія обязанностей должника—solutionis causa adjectus и вѣритель одно и то же, и тому и другому можно уплатить все. Должникъ свободно выбираетъ, въ отношеніи къ кому онъ хочетъ выполнить обязанность уплаты. Отсюда получается то, что отношеніе, въ которомъ находится solutionis causa adjectus, der activen Correalität in vielen Stücken ähnlich ist. [2]) Словомъ, два явленія, которыя всегда въ высшей степени строго различаются у классиковъ [3]), у него болѣе сходны, чѣмъ противуположны.

1) L. 128 de V. O.

2) Стр. 154. Позже отношенія двухъ корреальныхъ вѣрителей и одного вѣрителя и другаго лица, которое есть solutionis causa adjectus, оказываются аналогическими, стр. 179.

3) Ср. мѣста: L. 57, pr. и § 1 D. 46 3. L. 44 § 4 D. 44. 7. L. 2 § 7 D. 13 4, L. 10 D. 46. 3. L. 18 D. 46. 3. L. 7 § 1. L. 8 D. 13 5. L. 33 D. 20. 1. L. 141 § 1, 3, 5—9 D. de V. O.

И такъ, сравнительный способъ истолкованія оказываетъ совершенно различныя услуги, смотря по тому, чего отъ него ожидаютъ: если простой осязательности явленій, которыхъ природа понятна и безъ этого, то это совершенно подходящій пріемъ; если же уясненія сложнаго и неяснаго явленія посредствомъ другаго, тоже сложнаго, то это опасное средство.

Приглашаемъ сдѣлать одинъ шагъ, и тогда будетъ видно, куда мы пришли. Если обязательство есть, положимъ, пассивно корреальное, два должника, то вѣритель можетъ поставить intentio противъ любаго, и это не будетъ plus petitio. Пусть въ альтернативномъ обязательствѣ вѣритель формулируетъ свою интенцію на одинъ предметъ... ему откажутъ въ искѣ, ибо это будетъ plus petitio.

> Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis jure, velut si quis ita stipulatus sit: sestertium X milia aut hominem Stichum dare spondes? deinde alterutrum solum ex his petat; nam quamvis petat qvod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare, quod non petitur... Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet!.... (Гай IV, 53 a).

Надо ввести оба предмета въ интенцію. Не слѣдуетъ ли при корреалитетѣ аналогически поставить интенцію на имя того и другаго должника? Такой аналогіи Фиттингъ не найдетъ у классиковъ, хотя, согласно его пріему принципіельнаго сопоставленія обоихъ явленій, двойственности лицъ и альтернативности вещей, слѣдовало бы и здѣсь ожидать того же, чего хочетъ Гай для альтернативнаго обязательства.

L. 23 D. 46. 1. L. 51 D. 46, 3. L. 38 § 1 L. 59 D: eod. L. 56 § 2—4 D. de V. O. L. 98 § 7 L. 46. 3. Мы привели здѣсь эти мѣста, въ которыхъ говорится о solutionis causa adjectus, ибо въ этомъ противуположеніи особенно ярко явленіе корреальности.

Независимо отъ этого въ альтернативномъ обязательствѣ во всякомъ случаѣ можно требовать и уплатить то или другое только вполнѣ, а въ корреальномъ не вполнѣ только, а и по частямъ.

И такъ, на томъ именно пунктѣ, гдѣ всего больше желательно было бы видѣть пользу сопоставленія, на вопросѣ объ выведеніи обязательства въ процессуальную фазу, аналогія между явленіями прекращается!

Это относительно метода изслѣдованія вообще.

Но, далѣе, свободенъ ли этотъ писатель отъ современнаго правовоззрѣнія въ изслѣдованіи вопроса? Мы думаемъ, что меньше чѣмъ его предшественники, и въ этомъ смыслѣ возможно обѣщать его ученію еще больше успѣха, чѣмъ имѣла теорія Риббентропа. Оно находитъ себѣ опору въ источникахъ и преимущественно въ такихъ свидѣтельствахъ или—ближе—въ такихъ выраженіяхъ, въ которыхъ, подъ вліяніемъ позднѣйшаго охлажденія духа формы, сглажены типическія черты явленія. Право вѣрителя выбирать того или другаго изъ должниковъ, и при томъ такъ, что разъ сдѣланный выборъ для него самого обязателенъ,—это несравненно доступнѣе для современной мысли, чѣмъ два обязательства ejusdem potestatis, которыя, вслѣдствіе формальнаго дѣйствія новаціи, одно другое поглощаютъ,—доступнѣе именно съ матерьяльной точки зрѣнія, осязательнѣе, ибо тутъ видно, чѣмъ пользуется вѣритель. Дѣло не въ формѣ, за которой можетъ скрываться любое содержаніе, не въ отвлеченной постановкѣ отношеній между двумя обязательствами, а въ простомъ сопоставленіи двухъ обязанныхъ лицъ, какъ сопоставляются двѣ вещи, составляющія предметъ обязательственнаго дѣйствія.

Мы этимъ пока заключаемъ нашъ анализъ двухъ, конечно, главнѣйшихъ попытокъ объяснить корреалитетъ. Далѣе мы постоянно будемъ имѣть случай возвращаться то къ тому, то къ другому ученію. Замѣтимъ еще, что тотъ упрекъ, который Demangeat дѣлаетъ господствующей теоріи, въ совершенно равной мѣ-

рѣ относится и къ новой. Признавая всѣ ея достоинства, мы въ правѣ также спросить: mais cette distinction (корреальность и солидарность), quel en est le principe? D' où vient par exemple, que ceux qui s'obligent par stipulation et dans la forme voulue sont considérés comme tenus d'une obligation unique (alternative), tandis que les personnes de l'appartement des quelles un objet est tombé dans la rue sont considerées comme tenues d'obligations distinctes?—Любопытно, что въ то время, какъ названные ученые пытались отыскать въ источникахъ возможно болѣе подходящую теорію, юристы-практики (Либе, Бэръ, Сальпіусъ) совершенно инымъ путемъ, медленно подготовляли разрѣшеніе вопроса изслѣдованіями, идущими гораздо дальше, въ глубь римской исторіи, и повидимому, неимѣющими вовсе ближайшаго практическаго интереса. Сальпіусъ возводитъ этотъ пріемъ историческаго изслѣдованія въ принципъ и отъ него прежде всего ожидаетъ успѣшнаго разрѣшенія загадочныхъ явленій позднѣйшаго римскаго и современнаго права. Цѣль наша, говоритъ онъ, заключается не въ исторіи догмы, а въ исторіи права. Мертвая буква, которую намъ представляетъ старый юристъ, должна снова ожить предъ нами во всей своей первоначальной жизненности. Надо уяснить дѣйствительное приложеніе права на всѣхъ ступеняхъ его развитія. Что касается источниковъ Юстиніановскаго законодательства, то правильное разумѣніе ихъ существенно условлено умѣньемъ различать тѣ наслоенія, изъ которыхъ они образовались. Только такимъ путемъ изъ содержанія ихъ мы можемъ выдѣлить то, что принадлежитъ старому праву, и что сохранило силу впослѣдствіи.—Какъ далеки отъ этихъ завѣтовъ практической юриспруденціи многіе позднѣйшіе изслѣдователи,—въ этомъ мы будемъ имѣть случай не разъ еще убѣдиться въ дальнѣйшемъ ходѣ нашего изслѣдованія.

ОТДѢЛЪ II.

ЭПОХА ПЕРВОНАЧАЛЬНАГО РАЗВИТІЯ КОРРЕАЛЬНАГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

Мы исчерпали, такимъ образомъ, критическую сторону нашей задачи въ той мѣрѣ, въ какой это важно для того, чтобы точнѣе установить надлежащій способъ изслѣдованія вопроса. Не отрицая вовсе заслуги Рибентропа въ установленіи границы между явленіями корреальнаго и солидарнаго обязательства и признавая въ полной мѣрѣ важность труда Фиттинга для современнаго римскаго права, мы думаемъ, что задача историко-юридическаго изслѣдованія не исчерпывается ни тѣмъ, ни другимъ. Ошибки Фиттинга побуждаютъ насъ идти къ разъясненію явленія путемъ анализа, а не аналогіи; отношеніе къ источникамъ болѣе догматическое, чѣмъ свойственное историку, послужитъ намъ предупрежденіемъ противъ смѣшенія задачъ, какое мы находимъ у Рибентропа.

Въ дальнѣйшемъ мы будемъ различать двѣ эпохи въ исторіи развитія корреалитета и въ каждой разсмотримъ особо отдѣльные моменты юридическаго отношенія.

Гдѣ же подлинная форма образованія корреалитета?

Какъ возникаетъ корреальное обязательство?

Вопросъ, такъ обще формулированный, заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ другихъ, которыхъ отношеніе другъ къ другу мы здѣсь должны разъяснить.

И такъ, въ вопросѣ о способахъ возникновенія заключаются:

1) два слѣдующихъ: a) изъ сдѣлокъ только или b) также изъ недозволенныхъ дѣяній возможно возникновеніе корреальнаго обязательства?

Второй изъ этихъ вопросовъ для насъ нѣтъ необходимости разрѣшать здѣсь-же. Онъ будетъ ясенъ самъ собой, когда мы отвѣтимъ на первый.

2) возникаетъ ли корреалитетъ изъ сдѣлокъ inter vivos или также mortis causa совершаемыхъ?

Внимательное изученіе этого вопроса важно для разумѣнія природы явленія въ самомъ началѣ изслѣдованія.

3) если сдѣлки inter vivos, именно договоры, составляютъ способъ установленія корреальнаго обязательства, то всѣ ли виды договоровъ одинаково способны служить для этой цѣли, или только нѣкоторые?

4) послѣдніе два вопроса (2-ой и 3-й) разрѣшаются одинаково во всѣхъ историческихъ стадіяхъ развитія явленія или же различно?

5) гдѣ должно искать типической формы установленія корреальнаго обязательства?

Если мы станемъ на догматическую точку зрѣнія, то интересъ и даже значеніе этихъ вопросовъ далеко не одинаковые. Такимъ образомъ, для втораго вопроса отвѣтъ найденъ тотчасъ, какъ только мы раскрыли титулъ Пандектовъ De duobus reis constituendis. 45. 2. Точно также способность не одной стипуляціи, а и другихъ контрактовъ, служить въ извѣстныхъ условіяхъ средствомъ для установленія корреальнаго обязательства, можетъ быть безъ особыхъ усилій доказана ссылкой на L. 9 pr. и § 1. h. t. который касается именно этого вопроса. Но мы думаемъ, что для вопроса о природѣ измѣняющагося явленія не всякій фазисъ его развитія, не всѣ возможныя его модификаціи, составляютъ одинаково краснорѣчивое свидѣтельство. Въ исторіи права, говоритъ Сальпіусъ, то же, что въ процессѣ развитія другихъ явленій органическаго и неорганическаго міра: иногда

форма, внѣшняя сторона явленія, сохраняетъ свой прежній видъ въ то время, когда все содержаніе, вся внутренняя сторона давно перестала быть той же, и прежнее понятіе съ новымъ имѣетъ общаго одно только общее имя. Быть можетъ, то явленіе, которое минералоги называютъ псевдоморфозой, способно служить поясненіемъ такихъ процессовъ. Въ кристаллѣ можетъ, безъ измѣненія формы, посредствомъ однихъ химическихъ вліяній, совершенно измѣниться вся его матерія, такъ что, наконецъ, мы будемъ имѣть новый минералъ съ тѣми формами стараго, которыя ему совершенно не свойственны. И такъ, мы можемъ въ источникахъ встрѣтить ту же внѣшнюю форму корреальнаго обязательства, но содержаніе ея будетъ совершенно иное, чѣмъ то, которымъ первоначально эта форма условливалась. Если мы будемъ изслѣдовать природу корреалитета безразлично и на тѣхъ явленіяхъ, гдѣ форма соотвѣтствуетъ содержанію, и на тѣхъ, гдѣ иное содержаніе вмѣщается въ той же формѣ, то понятно, что результатъ изслѣдованія будетъ непремѣнно фальшивый. И именно въ этомъ заключается, сколько мы думаемъ, ошибка прежнихъ ученій.

Какой же способъ установленія, какая сдѣлка есть именно для корреалитета свойственная?

Фиттингъ изучаетъ его природу на двухъ сдѣлкахъ, на стипуляціи и легатѣ.

Что для корреальнаго обязательства первоначальный и типическій способъ установленія составляетъ стипуляція, а не легатъ, въ этомъ, въ основаніи, согласны всѣ, но никто не выдерживаетъ такой точки зрѣнія на пространствѣ всего изслѣдованія. Дальше всѣхъ отъ нея Фиттингъ, ибо онъ не только совершенно безразлично беретъ рѣшенія, касающіяся вопроса, изъ случаевъ съ стипуляціей и изъ случаевъ съ легатомъ, но несомнѣнно, что послѣдніе суть для него во многихъ отношеніяхъ, какъ мы это сейчасъ увидимъ, опредѣляющіе. Всѣхъ ближе къ правильной точкѣ зрѣнія и, главное, всѣхъ выдержаннѣе несомнѣнно Demangeat.

И такъ, возьмемъ одно изъ мѣстъ, которыхъ можно найти много, гдѣ прямо выражается эта точка зрѣнія.

> Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus, aut Maevius heres meus decem Sejo dato, cum utro velit Sejus aget, ut, si cum uno actum sit (et solutum) [1]) alter liberetur, q v a s i si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. [2])

Случай пассивнаго корреалитета изъ легата разсматривается какъ аналогическій съ другимъ типическимъ явленіемъ его изъ стипуляціи (qvasi si duo rei p r o m i t t e n d i). Корреалитетъ при стипуляціи есть точка отправленія, исходный фактъ, корреалитетъ изъ легата есть производный, вторичный. Быть можетъ, для догматическаго изслѣдованія (особенно современнаго) это не существенно, но для опредѣленія природы явленія (особенно въ римскомъ правѣ)—это дѣло первой важности.

Если допустить для корреальнаго обязательства точку зрѣнія неизвѣстности [3]) (условности), какой изъ двухъ вѣрителей или какой изъ двухъ должниковъ станетъ окончательно вѣрителемъ или должникомъ, то эта неизвѣстность или условность даетъ совершенно различные результаты для стипуляціи и для легата. У Ульпіана мы читаемъ:

> Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc qvum extiterit conditio, qvamvis eum, qvi stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione creditorem esse. [4])

---

1) Никто не сомнѣвается, что это interpollatio.

2) L. 8 § 1 D. de legatis I.

3) Фиттингъ, стр. 140, хотя позже, стр. 147, онъ же предупреждаетъ противъ приложенія сюда понятія условности.

4) L. 42 pr. D. 44. 7, ср. L. 27, pr. D. 40. 9. и Fr. Vatic. § 55.

Если мы вовсе не обратимъ вниманія на это различіе, какъ это дѣлаетъ Фиттингъ, то мы придемъ къ тому, что существо корреальнаго обязательства опредѣляется неизвѣстностью, кто (изъ многихъ) есть въ окончательномъ смыслѣ вѣритель и кто (изъ многихъ) должникъ, такого же характера неизвѣстностью, какая существуетъ для альтернативнаго обязательства относительно предмета. Если это справедливо, то, конечно, только для корреальнаго обязательства, установляемаго легатомъ, т. е. для явленія колеблющаго, примыкающаго къ другому типическому явленію, къ корреалитету, возникшему изъ стипуляціи. Взявъ за исходную точку изслѣдованія корреальную стипуляцію, мы никогда не придемъ къ тому результату, къ которому пришелъ Фиттингъ. Для него требованіе или долгъ того или другаго лица существуютъ при корреалитетѣ суспензивно—условно, т. е. тотъ или другой станетъ кредиторомъ или должникомъ, qvum extiterit conditio. Для насъ въ корреалитетѣ оба долга или оба требованія существуютъ изначала, и лишь впослѣдствіи одно консумируетъ другое. Словомъ, различіе между его и нашей точкой зрѣнія сводится къ различію понятій—суспензивно и резолютивно условной (если вообще здѣсь умѣстно понятіе условія) сдѣлки, различіе очень существенное для всего характера явленія и, быть можетъ, пригодное для того [1]), чтобы объяснить возможность двоякой точки зрѣнія на корреальность у классиковъ, смотря по тому, имѣли они въ виду въ данномъ случаѣ типическую форму корреальности, стипуляцію, или такого рода модификацію ея, какъ легатъ. Конечно, тамъ, гдѣ неизвѣст-

---

1) Извѣстно, что если легатъ условный, то dies legati cedit eveniente conditione, и рабъ пріобрѣтаетъ легатъ тому господину, которому онъ принадлежитъ въ минуту наступленія условія. Иное дѣло стипуляція, гдѣ рѣшающимъ служитъ не моментъ наступленія условія, а моментъ совершенія стипуляціи. L. 78 pr. D. de V. O. L. 40 D. 45. 3. L. 18 D. de R. I. Ihering давно указывалъ на качество тестамента какъ сложной сдѣлки, какъ совокупности сдѣлокъ.

не иска, какъ въ легатѣ, кто есть вѣритель или должникъ, тамъ на лицо только возможныя обязательства, а дѣйствительное обязательство будетъ только одно; и на оборотъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ сомнѣнія въ существовании двухъ обязательствъ изначала, какъ въ корреальной стипуляціи, гдѣ возможнымъ является не возникновеніе того или другаго, а прекращеніе одного изъ двухъ, тамъ слѣдуетъ принять ихъ изначала два. Грамматическая форма, въ которую облекается легатъ, служащій основаніемъ корреальному обязательству, есть если не всегда, [1]) то очень часто союзъ aut (Titio aut Maevio). Мы думаемъ, что тождество оборота рѣчи здѣсь и въ альтернативномъ обязательствѣ и послужило первымъ побужденіемъ сравнивать ихъ. Но какая это грубая ошибка! Оборотъ рѣчи условленъ въ данномъ случаѣ вовсе не свойствами корреальнаго обязательства, а свойствами завѣщательныхъ актовъ, въ которыхъ мы его встрѣчаемъ. Если завѣщатель назоветъ для выполненія извѣстнаго легата (оперируетъ) сперва одного наслѣдника, а потомъ другаго, или откажетъ ту же вещь сперва одному, потомъ другому легатару, то волю его можно толковать очень различно. Въ первомъ случаѣ (пассивная корреальность) testator могъ имѣть въ виду обязать двоихъ выполнить легатъ такъ, чтобы они были duo rei ejusdem debiti. Но совершенно также легко допустить,—въ виду отсутствія въ актахъ этого рода качества симультанеитета [2]), точнѣе, въ виду возможности въ томъ же тестаментѣ сдѣлать извѣстное распоряженіе и потомъ его отмѣнить,—что testator, называя второе лицо, хотѣлъ снять тяжесть (экзонерировать) съ перваго. Прямое указаніе на возможность такого двоякаго

1) См. L. 122 § 1 D. de leg. I и L. 9 pr. D. h. t.

2) Это качество единовременности, которымъ существенно условливалось возникновеніе корреалитета въ стипуляціи, какъ увидимъ позже. Legatum cum datum est, говоритъ Ульпіанъ, adimi potest, vel eodem testamento vel codicillis testamento confirmatis. Dom. Ulp. Fr. XXIV § 29.

истолкованія воли завѣщателя мы находимъ въ одномъ текстѣ Юлія Павла: [1])

> Sed si id, qvod a Titio dedi, a Maevio dem, qvamvis soleant esse duo ejusdem rei debitores, tamen verius est, hoc casu ademtum esse legatum; nam quum dico: qvod Titium damnavi Sejus damnas esto dare, videor dicere, ne Titius det.

Есть возможность и еще иначе истолковать волю завѣщателя. Возможно, что завѣщатель хотѣлъ отчасти того, отчасти другаго наслѣдника обременить легатомъ, и это именно принимается для тѣхъ случаевъ, въ которыхъ testator не сказалъ, кто именно изъ двухъ наслѣдниковъ долженъ выполнить легатъ.

И такъ, *въ виду особаго свойства этихъ актовъ*, истолкованіе воли завѣщателя могло дать очень различные результаты. Какой же выходъ возможенъ былъ для того, чтобы твердо установить волю, именно корреально обязать своихъ наслѣдниковъ? Всего проще и всего ближе къ цѣли было назвать обязанныхъ не рядомъ и не кумулятивно, а альтернативно. Тогда легко допустить предположеніе, что воля заключалась въ томъ, чтобы тотъ или другой принялъ на себя тяжесть выполненія легата, хотя нельзя сказать, чтобы это былъ абсолютно вѣрный результатъ интерпретаціи и чтобы логически не возможно было придти къ другому заключенію, именно что testator солидарно, а не корреально хотѣлъ обязать обоихъ наслѣдниковъ. И такъ, въ приложеніи сюда корреальности есть, по нашему мнѣнію, нѣкоторый позитивный элементъ [2]).

---

1) L. 6 § 1 D. de adim. v. transf. leg. 34. 4. Этого мѣста не имѣютъ въ виду ни Риббентропъ, ни Фиттингъ. Тоже самое по отношенію къ назначенію нѣсколькихъ опекуновъ въ тестаментѣ. L. 8 § 3. L. 10 § 1. L. 34 D. 26. 2. L. 2. C. 5. 28. ср. L. 88 D. 30. 1.

2) Мы думаемъ, что основаніе для предположенія корреальности, а не солидарности лежитъ въ томъ общемъ правилѣ, что

Такую же трудную задачу для истолкованія воли представляютъ случаи кумулятивнаго или альтернативнаго наименованія двухъ легатаровъ. [1]) Наименованія двухъ легатаровъ рядомъ въ legatum per damnationem только тогда могло быть толкуемо съ нѣкоторой увѣренностью въ пользу корреалитета, когда оба именно альтернативно противуполагались.

Мы обращаемъ вниманіе на то, что альтернативность назначенія въ легатахъ условлена вовсе не свойствомъ корреальнаго обязательства, а *особымъ свойствомъ завѣщательныхъ актовъ*, [2]) въ которыхъ наименованіе того и другаго могло повести къ сомнѣніямъ, указаннымъ нами выше въ приведенномъ нами текстѣ изъ Юлія Павла.

Это вовсе не есть та форма, на которой слѣдуетъ изучать явленіе, и если въ ней яснѣе близость корреальности съ альтернативностью, то это важно только для подтвержденія произвольной теоріи, а не для раскрытія истины.

Если, такимъ образомъ, корреальность, основанная на легатѣ и на стипуляціи, не можетъ составлять двухъ одинаково характерныхъ предметовъ изученія, то, съ другой стороны, изученіе явленій корреальности въ контрактахъ literis встрѣчаетъ препятствіе въ состояніи источниковъ, крайне скудныхъ по отношенію къ этой матеріи. Единственное связное изображеніе этихъ контрактовъ сохранилось у Гая (III, 128—133); отрывки

при легатѣ per damnationen истолкованіе должно въ сомнительныхъ случаяхъ клониться въ пользу обязаннаго. И въ этомъ смыслѣ корреальная отвѣтственность будетъ, конечно, составлять меньше, чѣмъ солидарная.

1) Ulp. Fr. XXIV, § 12—14, Гай II, 205. Извѣстны введенныя Юстиніаномъ иныя правила. L. un. § 11 C. de cad. tol. 6. 51. и L. 4. C. de V. et R. S.

2) Полезно при этомъ имѣть въ виду качество тестамента, какъ акта, въ которомъ заключается не одна сдѣлка, а цѣлый комплексъ сдѣлокъ. Ср. Ihering, Geist, § 53, III, стр. 139, по изд. 1865 г. Не говоримъ о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя влечетъ за собой лукративный характеръ легата L. 17 D. 44. 7.

въ пандектахъ незначительны. Тѣ заключенія, которыя дѣлаютъ о способѣ веденія книгъ (codices accepti et expensi) на основаніи Верринъ, главнымъ образомъ, и другихъ рѣчей Цицерона, приводятъ изслѣдователей къ совершенно противуположнымъ результатамъ для нашего вопроса. [1]) Въ виду этого и особенно потому, что мы не видимъ ничего опредѣляющаго природу корреальнаго обязательства именно и въ особенности въ этомъ видѣ контрактовъ даже у писателей, допускающихъ здѣсь корреальность, мы переходимъ къ изслѣдованію корреалитета на стипуляціи, гдѣ явленіе сохранилось въ образѣ подлинномъ и вполнѣ развившемся, и гдѣ средства изученія, вообще говоря, достаточныя.

ГЛАВА I.

УЧЕНІЕ О СТИПУЛЯЦІИ.

I. Литературный очеркъ

И такъ, вопросъ въ томъ, какъ возникаетъ корреальное обязятельство посредствомъ стипуляціи?

Идя аналитическимъ путемъ, мы должны сперва остановиться на понятіи стипуляціи.

Мы начнемъ съ литературнаго очерка, въ которомъ совмѣстимъ всѣ основоположенія, важныя для послѣдующихъ изысканій.

Развитіе ученія о стипуляціи достигаетъ въ послѣднее время очень значительныхъ размѣровъ, и мы здѣсь, не нарушая единства изложенія, не можемъ войти въ разсмотрѣніе всего круга вопросовъ, связанныхъ съ этимъ понятіемъ. Задача наша не въ томъ, чтобы обнять весь кругъ этихъ вопросовъ, а въ томъ, чтобы

---

1) Савиньи допускаетъ установленіе корреальнаго обязательства посредствомъ литеральнаго контракта. Сальпіусъ, снова изучающій вопросъ, считаетъ это не возможнымъ. §§ 16, 17 и 18.

выдѣлить изъ нихъ тѣ, которые важны для главнаго предмета нашихъ изысканій.

Система римскихъ контрактовъ въ современномъ примѣненіи римскаго права подверглась такимъ существеннымъ измѣненіямъ, что нѣкоторые изъ нихъ потеряли свое непосредственное практическое значеніе, и интересъ ихъ изслѣдованія съ точки зрѣнія ближайшихъ потребностей юриспруденціи долгое время оставался второстепеннымъ.

Главнымъ образомъ открытіе Гая, освѣтившее ту систему римскаго права, которая потеряла столь много характеристическихъ признаковъ въ юстиніановской переработкѣ, дало новое направленіе задачамъ изслѣдованія. Одна за другой опредѣлялись въ нѣмецкой литературѣ задачи, которыя едва ли возникли бы безъ новыхъ свѣдѣній, условленныхъ этимъ открытіемъ.

Одинъ изъ такихъ вопросовъ, въ виду новыхъ средствъ возникшихъ, есть вопросъ о стипуляціи и объ отношеніи этого римскаго контракта къ современному простому обѣщанію (das einfache Versprechen), въ которомъ заключается обязывающая сила.

Очередь его изслѣдованія наступила, однако, не такъ скоро, какъ можно было ожидать, судя по быстро опредѣлившимся задачамъ обработки какъ въ цѣломъ, такъ и въ частяхъ классическаго процесса.

Лишь въ сороковыхъ годахъ мы можемъ отмѣтить одно за другимъ нѣсколько сочиненій, которыя въ первый разъ подчиняютъ новой точкѣ зрѣнія эти, казалось, потерявшія всякій интересъ современности явленія римскаго обязательственнаго права. И такъ, въ чемъ заключается основаніе юридической обязательности римской obligatio verbis и теперешняго простаго обѣщанія,—вотъ вопросъ, съ которымъ современная мысль обращается къ явленіямъ договорнаго права и ищетъ отвѣта на него не въ отвлеченныхъ положеніяхъ произвольной философской системы, а въ жизненныхъ чертахъ исторически сложившихся и опредѣлившихся видовъ договоровъ. Съ такимъ именно пріемомъ обра-

щается ученый юристъ—практикъ Либе [1]) къ явленіямъ римской стипуляціи и не безъ ироніи ожидаетъ, какъ отвернутся отъ этой непрактической задачи (ибо вѣдь стипуляція ничего не значитъ для настоящей практики!) такъ называемые практическіе юристы. Изслѣдованіе необходимо прямо для практическихъ цѣлей, ибо ошибочный взглядъ на основаніе обязательности простаго обѣщанія, лежащее будто-бы въ идеѣ даренія, дѣлаетъ сомнительнымъ вообще достоинство и цѣлесообразность формальныхъ обязательствъ. На чемъ же основывалось это явленіе въ римской жизни?—Это вопросъ не интерпретаціи источниковъ, а изученія принциповъ, на которыхъ держится противуположеніе двухъ системъ, формальнаго (jus strictum) и матерьяльнаго (jus aequum) права, изученіе ихъ тамъ, гдѣ онѣ жизненнымъ образомъ соприкасаются въ отдѣльныхъ явленіяхъ договорнаго права (стипуляція, литеральный контрактъ, простое обѣщаніе, вексель). И такъ, какъ бы далеко мы ни уходили въ нашемъ изысканіи въ глубь исторіи,—отвѣтъ на этотъ вопросъ есть въ высшей степени практически важный для всей системы договорнаго права и для изученія началъ, ее опредѣляющихъ (см. введеніе).

Происходящія въ гражданскомъ обращеніи людей дѣйствія имѣютъ для права значеніе только въ той мѣрѣ, въ какой отъ нихъ зависятъ возникновеніе, длительность, прекращеніе юридическихъ отношеній. Посему необходимо отыскать принципъ, съ помощію котораго мы могли бы распознавать между дѣйствіями такія, которыя безразличны для права, и такія, которыя существенны Этотъ принципъ можетъ быть двоякимъ—или формальнымъ или матерьяльнымъ.

Прежде всего законъ можетъ соединять съ дѣяніемъ, имѣющимъ извѣстные внѣшніе признаки, юридическія послѣдствія. Тогда эти послѣдствія наступаютъ

---

1) Die Stipulation und das einfache Versprechen. D—r Fr. Liebe, Braunschweig, 1840.

при наличности данной формы изъ нея самой, и ни тѣ намѣренія или тѣ виды, для которыхъ, по общему разумѣнію, дѣйствіе было предпринято, ни тѣ побужденія, которыя, быть можетъ, въ данномъ случаѣ лежали въ основѣ дѣйствія, не оказываютъ вовсе вліянія на указанныя послѣдствія.

Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не имѣетъ этой силы форма, тамъ рѣшающимъ (для юридическихъ послѣдствій дѣянія) служитъ одинъ матерьяльный принципъ. Въ силу его юридическое послѣдствіе дѣянія наступаетъ только при извѣстномъ матерьяльномъ составѣ отношенія. Дѣйствіе само по себѣ еще не имѣетъ необходимо юридическаго характера и юридическихъ послѣдствій; оно можетъ, способно получить то и другое, смотря по его причинѣ, по его цѣли, по его отношенію къ другимъ фактамъ или дѣйствіямъ. Поэтому, чтобы констатировать его юридическій характеръ, не достаточно имѣть въ виду одну наличность внѣшняго состава дѣянія, а необходимо обнять изъ многократныхъ фактовъ и дѣяній сложившееся отношеніе. Только въ этой связи, въ которой оно (дѣйствіе) является въ данномъ случаѣ, ему принадлежитъ юридическій характеръ и съ нимъ соединяются юридическія послѣдствія.

Такъ начинаетъ Либе свое изысканіе надъ природой формальнаго контракта, ближайшимъ образомъ стипуляціи, въ которомъ именно эта черта изолированно стоящаго, внѣшнимъ образомъ опредѣленнаго дѣянія, влекущаго за собой юридическія послѣдствія, есть опредѣляющая и противуполагающая его матерьяльнымъ контрактамъ. [1]) Вопросъ о происхожденіи стипуляціи и

---

1) До Либе, а отчасти и теперь, стипуляцію ставили, согласно буквѣ источниковъ, на ряду съ другими контрактами, которые re, consensu, literis contrahuntur. Стипуляція—де была нужна Римлянамъ, потому что у нихъ pacta nuda не давали иска. Такъ именно для этой-де цѣли, чтобы дать такимъ уговорамъ искъ, и употреблялась стипуляція! Мы, конечно, здѣсь не будемъ входить въ подробности предшествующаго литературнаго движенія,

объ ея отношеніи къ контракту per aes et libram принадлежитъ и теперь, какъ и въ сороковыхъ годахъ, къ числу самыхъ трудныхъ и всегда сохраняющихъ гипотетическій характеръ [1].

Начала формализма составляютъ предшествующую ступень развитія права. Въ эпоху 12 таблицъ матерьяльное право не развито еще вовсе. Если бы иски допускались во всѣхъ случаяхъ, гдѣ была матерьяльная основа для притязанія, то при отсутствіи всякихъ теоретическихъ началъ, судъ не зналъ бы никакой границы спорнымъ вопросамъ. Только формальнымъ путемъ можно было придти къ огражденію отъ полнаго произвола въ этомъ отношеніи. Между тѣмъ практика для различныхъ случаевъ выработала отдѣльныя исковыя формулы, и чтобы имѣть возможность воспользоваться этими не многими средствами защиты права, надо было соотвѣтственно ихъ строю облекать сдѣлки въ извѣстныя формы, которыя и обеспечивали за ними исковой характеръ. Не знаніе формулъ, которыхъ было не много, а умѣнье связать право съ ихъ формальными реквизитами, дать ему характеръ формальной сдѣл-

---

которое исчерпывается отчасти самимъ Либе, отчасти неблагосклонной критикой Витте въ Kritische Vierteljahrschr. VI. 3. Мы беремъ на себя смѣлость утверждать, что почтенный критикъ, не смотря на свою ученость, не имѣетъ ниже самаго отдаленнаго понятія о задачахъ критики. Все, что онъ пишетъ, не есть вовсе оцѣнка писателя по отношенію къ задачѣ, имъ на себя принятой, не есть также оцѣнка самой задачи по отношенію къ предшествующей литературѣ. Это просто грубѣйшее измѣреніе всѣхъ на ту мѣрку, которую гораздо позже придумалъ авторъ для своихъ собственныхъ построеній.

1) Для nexum важныя соображенія у Беккера, Die Aktionen des R. Privatrechts, 1 Band, 1871, стр. 18 и слѣд. Сакральный элементъ въ sponsio особенно у Гиртаннера, Die Stipulation, 1859 стр. 1—152. Voigt, das jus naturale и т. д. стр. 228, 357, 369, 492 и слѣд. Jhering, Geist II, стр. 585. См. тоже въ названныхъ сочиненіяхъ ссылки на другія, предшествующія. Для насъ здѣсь важна не исторія стипуляціи, а ея оборотная функція въ отношеніи къ дальнѣйшимъ явленіямъ развитія римской системы обязательствъ.

ки составляло трудную сторону практической дѣятельности юриста. Самыя исковыя формулы не составляли отвлеченныхъ теоретическихъ положенiй, а лишь пластическiя формы, въ которыя воплощалось и въ которыхъ осязательно отражалось право. Это свойство условливаетъ ихъ строгость и опредѣленность (Abgemessenheit), и въ немъ мы видимъ посредство между *защитой права* и самымъ правомъ. Въ старое время эти понятiя не расчленялись, и (совершенно обратно нашему порядку) не тамъ, гдѣ признано было право, давался искъ, а тамъ, гдѣ можно было приложить исковую формулу,—тамъ было право. [1]) Такимъ образомъ, задача практической юриспруденцiи до самаго конца республики заключалась главнымъ образомъ въ указанiи такихъ формъ сдѣлокъ, которыя обеспечивали осуществленiе и защиту права.

Эта необходимость подчинять строй сдѣлки формальнымъ реквизитамъ стараго процесса и составляетъ, по мнѣнiю Либе, существенное условiе развитiя стипуляцiи. Въ ближайшемъ отношенiи она находится къ legis actio per condictionem. Вмѣсто того, чтобы уходить въ неимѣющiя границъ понятiя bonum и aequum, всю задачу изслѣдованiя на судѣ составлялъ вопросъ, есть ли въ данномъ случаѣ соотвѣтствiе между собственнымъ изъявленiемъ отвѣтчика (въ стипуляцiи) и требованiемъ истца. На чемъ (матерьяльно) основывалось соглашенiе,—до этого не было дѣла суду. И такъ, простая verborum solennitas, простой формальный обрядъ стипуляцiи (Spondes ne mihi centum dare? Spondeo.) служилъ основой исковаго обязательства. Отсюда прямо и непосредственно возникало dare oportere исковой формулы Таковы простѣйшiе элементы для stricti juris judicia.

Всегдашнее и необходимое соотвѣтствiе между формальными сдѣлками и формулами строгаго процесса развивается и далѣе въ различныхъ модификацiяхъ стипу-

1) См. выше указанное сочиненiе Виндшейда Die Actio.

ляціи. И такъ, вмѣстѣ съ расчлененіемъ предмета стипуляціи на dare и facere (stipulatio certi и incerti), и иски суть condictio certi (для stipulatio certi) и actio ex stipulatu (для stipulatio incerti). [1]) Естественно, что condictio certi заключало въ себѣ и condemnatio certae pecuniae, когда предметъ стипуляціи составляла опредѣленная сумма денегъ. Иначе (если вещь составляла предметъ стипуляціи), при condictio certi кондемнація была incerta на quanti ea res est, что не измѣняло характера строгаго иска, и оцѣнка должна была быть произведена по моменту litis contestatio. Это измѣнилось лишь позже, подъ вліяніемъ индивидуализирующихъ стремленій Сабиніанской школы. Въ condictio incerti и intentio и condemnatio составляли incertum, и она шла не на опредѣленіе цѣны, а на опредѣленіе интереса, хотя не ex fide bona.

Что же слѣдуетъ изъ этой необходимости прямаго соотвѣтствія между формой обязательства и строеніемъ процесса для природы стипуляціи? Какъ разрѣшаетъ Либе главную задачу своего труда? Въ чемъ заключается сила формальнаго обязательства и въ чемъ особенность его природы?

Въ анализѣ этихъ вопросовъ именно и заключается заслуга Либе.

Въ матерьяльныхъ контрактахъ всѣ элементы обязательства даны актомъ его заключенія. Въ нихъ самихъ есть отвѣтъ на вопросъ, для чего они заключаются. Чтобы сказать, для чего заключаются формальные контракты, надо идти за предѣлы прямо даннаго ими содержанія и восходить къ общимъ основаніямъ, по которымъ въ гражданскомъ оборотѣ производится переносъ имущества отъ одного лица къ другому. И такъ,

1) Ср. L. 6 D. de reb. cred. L. 75 § 1 de V. O. L. 75 pr. eod. pr. I. de V. O. L. 24 D. de reb. cred. Мы не исчерпываемъ здѣсь вовсе различныхъ возможныхъ противуположеній, о которыхъ отчасти будемъ имѣть случай говорить позже.

съ перваго взгляда формальное обязательство, такъ какъ оно есть, является совершенно изолированнымъ, стоящимъ внѣ всякихъ дальнѣйшихъ отношеній. Стипуляція составляетъ простой формальный актъ, который прямо даетъ основаніе исковому обязательству, и сила котораго основана на томъ, что форма,—centum dare spondes? spondeo,—дѣлаетъ обязательство centum dari oportere вполнѣ яснымъ для суда. Чтобы установить юридическій характеръ стипуляціи, для этого не надо съ самаго начала (т. е. при ея совершеніи) ставить ее въ связь съ обстоятельствами, при которыхъ она возникла, и въ этой связи ее изслѣдовать; юридическій характеръ ея разумѣется самъ собой, хотя она поставлена внѣ всякихъ связей, внѣ всякаго отношенія къ другимъ дѣйствіямъ.

Совершенно иначе при матерьяльныхъ контрактахъ, въ которыхъ юридическій характеръ дѣйствія можетъ быть констатированъ только тогда, когда съ самаго начала видна его связь съ другими фактами, его causa [1]), дающая ему этотъ характеръ. Эта связь держится на томъ, что нѣчто уже совершено, за что предметъ обѣщанія долженъ послужить отвѣтнымъ совершеніемъ (Gegenleistung). Отсюда возникаетъ сюналлагма, двусторонняя сдѣлка, которая, *какъ таковая,* только въ этой связи, въ этомъ необходимомъ для нея сочетаніи имѣетъ исковую силу въ цивильномъ правѣ.

---

1) Чтобы сдѣлать болѣе осязательнымъ это понятіе, Jhering противуполагаетъ его понятію мотива сдѣлки. Мотивъ есть нѣчто, для юридической характеристики сдѣлки совершенно не существенное. Покупаетъ ли N потому, что ему нужна вещь, или потому, что хочетъ дать заслужить продавцу деньги, даритъ ли N изъ тщеславія или по добрымъ побужденіямъ—купля и дареніе отъ этого совершенно не измѣняются. Напротивъ, цѣль и основаніе, ради котораго мы переносимъ собственность, составляетъ элементъ самой сдѣлки, нѣчто, въ чемъ обѣ стороны согласны, моментъ, который даетъ дѣйствію его специфическій характеръ или уплаты, или даренія и проч., словомъ это для полной юридической характеристики необходимый признакъ. Jhering, Geist III § 55.

Въ прямомъ противуположенiи съ этимъ, стипуляцiя дѣйствуетъ независимо отъ этой связи, sua vi ac potestate. Въ этомъ смыслѣ Юлiй Павелъ говоритъ:

> In stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. 1)

Стипуляцiя, такимъ образомъ, даетъ вполнѣ самобытную основу праву требованiя. Это право образуетъ самостоятельный имущественный объектъ, который обращается въ имущество стипулятора. По своимъ послѣдствiямъ стипуляцiя сама по себѣ равна совершенному дѣянiю съ юридическимъ характеромъ.

И такъ, если этотъ, разъ созданный объектъ оборота, перешелъ уже въ обладанiе вѣрителя, тогда—и только тогда—можетъ возникнуть вопросъ (не разрѣшенный собственно въ моментъ установленiя сдѣлки), въ какой связи стоитъ это дѣйствiе съ другими, ради чего оно предпринято, какая его causa. При этомъ здѣсь, какъ и при всякомъ переносѣ имущества на другое лицо, возможность такой causa трoякая: стипуляцiя могла быть установлена solvendi, credendi, donandi causa.

Важно то, что вопросъ этотъ имѣетъ мѣсто не при возникновенiи стипуляцiи—для этого достаточно, чтобы воля лица выразилась въ опредѣленной формѣ,—а лишь когда она уже возникла. Весь составъ обязательства и вся его сила уже есть прежде, чѣмъ наступаетъ очередь для вопроса—съ какой цѣлью или на какомъ основанiи этотъ, созданный актомъ воли, имущественный объектъ достался стипулятору. Юридическiй характеръ дѣйствiя не зависитъ отъ этого изслѣдованiя, а лишь основанiя для освоенiя обязательства стипуляторомъ можетъ стать предметомъ дальнѣйшаго процесса. Этотъ вопросъ существуетъ одинаково для всякаго акта переноса имущества, отдалъ ли я свою вещь

---

1) L. 27. § 2 D. de pactis. 2. 14.

въ собственность другаго, или промиттировалъ ему: независимо отъ того, что онъ сталъ собственникомъ или вѣрителемъ, можно всегда спросить—ради чего это произведено, ибо матерьяльная causa для такихъ актовъ всегда существуетъ, хотя и не условливаетъ собой ихъ юридической силы.

Мы сказали, что такіе юридическіе акты совершаются credendi, solvendi, donandi causa.

Ради дара совершаемые переносы имущества имѣютъ сами въ себѣ цѣль [1]) Посредствомъ такихъ актовъ никакой другой имущественной цѣли не достигаютъ. Въ этомъ существо даренія.

Если совершеніе дѣйствія (установленіе стипуляціи, переносъ собственности) поставляется дѣйствительно въ связь съ другими юридическими отношеніями, то эти отношенія даютъ ему характеръ платежа (solutïo) или кредита (creditum). Платежъ производится въ виду существующаго обязательства, дача—если это не дареніе—свободно. Такія дѣйствія или уничтожаютъ обязательство платящаго или даютъ основаніе обязательству получающаго.

И этѣ обѣ функціи въ римскомъ правѣ могутъ происходить посредствомъ стипуляціи

Таково значеніе стипуляціи, какъ самостоятельнаго имущественнаго объекта въ юридическомъ оборотѣ.

Мы здѣсь прерываемъ разъясненіе вопроса съ помощью Либе, хотя заслуга его этимъ не исчерпывается, но дальнѣйшее разъясненіе функцій стипуляціи, оборотной и исторической, служило предметомъ внимательнаго изученія позднѣйшихъ писателей, къ сочиненіямъ которыхъ мы обратимся позже.

Что касается вопроса о способѣ установленія обязательства verbis, самой verborum solennitas, то прекрасная психическая и культурно—историческая постановка его принадлежитъ Христіанзену. И такъ, первоначальный обрядъ стипуляціи есть *вопросъ* и *отвѣтъ* въ

---

1) Объ этомъ позже.

опредѣленныхъ выраженіяхъ: spondesne? spondeo. Позже, съ расширеніемъ ея приложенія,—это свободная форма, все равно на латинскомъ (dabis, facies, promittis?) или на иномъ языкѣ. [1]) Стороны должны быть на лицо. Вопросъ долженъ предшествовать. Отвѣтъ долженъ покрывать собою вполнѣ вопросъ. Можно думать, что встарину должникъ повторялъ всю рѣчь стипулятора и лишь позже стало достаточнымъ соотвѣтствіе словъ spondesne?—spondeo, promittisne?—promitto, dabisne?—dabo.

Новые, болѣе развитые языки, говоритъ Христіанзенъ, употребляютъ для выраженія абсолютнаго утвержденія и отрицанія простой абстрактъ. Каковъ вопросъ, краткій или продолжительный, что онъ содержитъ въ себѣ,—это безразлично, отвѣтъ всегда сжатый, краткій и отвлеченный. Старые, конкретные языки и, на иныхъ, болѣе развитыхъ языкахъ, люди, неумѣлые въ рѣчи, знаютъ только конкретное утвержденіе. Вмѣсто отвлеченнаго отвѣта отвѣтъ есть прямо относимый къ тому, что спрашиваютъ; въ отвѣтъ снова вводится, больше или меньше, все что было въ вопросѣ. Римское право не знало отвлеченнаго утвержденія. Отвѣчающій не можетъ слѣдовать за мыслью, слѣдовать за движеніемъ воли, не слѣдуя вмѣстѣ и за движеніемъ рѣчи, и держится инстинктивной предусмотрительности этимъ для него надежнымъ и удобнымъ способомъ, ибо лишь тогда, когда спрошенное опять сказано, не можетъ быть сомнѣнія, что оба разумѣли одно и то же. Между отвлеченнымъ и конкретнымъ отвѣтомъ въ отношеніи благонадежности почти тоже различіе, какъ въ повѣркѣ вѣса (субъективной) между простымъ глазомѣромъ или подъемомъ. Въ нашей рѣчи, думаетъ Христіанзенъ, только въ торжественныхъ актахъ присяги и ея обрядахъ (не

---

1) Гай III, 92, 93, 95, L. 1, L. 137 pr. D. de V.O. (45. 1.) Christiansen, Institutionen des Römischen Rechts, Altona, J. Fr. Hammerich, 1843, Zweites Buch, § 8. Ср. то же Theoph. ad § 1. I. de V. O. 3. 15. L 8 pr. D. de fidejuss. 46. 1. L. 12. C. de fidejus. 8. 40. L. 10 C. de contrah. et commit. 8. 38.

чрезъ представителя) удерживается та же абстрактность.. Это очень справедливо и метко, но можно прибавить еще, что рѣчи дѣловой и судебной свойственна вообще нѣкоторая абсолютность формъ и, при всемъ развитіи отвлеченныхъ способовъ выражать утвержденіе или отрицаніе, напримѣръ въ англійскомъ языкѣ, отвѣтъ присяжныхъ не есть отвлеченное утвержденіе или отрицаніе, и никакъ нельзя сказать, чтобъ эманципація рѣчи отъ ея старинныхъ конкретныхъ оборотовъ составляла всегда хорошій признакъ.

И такъ, въ этихъ пластическихъ формахъ образуется въ римскомъ оборотѣ самобытный имущественный объектъ, который является какъ отчуждаемый одной стороной и пріобрѣтаемый другой. Я, стипуляторъ, принялъ его, какъ все другое, что можетъ изъ имущества одного лица поступить въ имущество другаго. Сила стипуляціи не условлена ни какими предположеніями, не связана ни съ какими матерьяльными основами обязательности, есть отвлеченная и безотносительная. Хотя на дѣлѣ, конечно, всегда есть матерьяльная причина или цѣль, для которой возникъ контрактъ, но онъ не условленъ этимъ, и самъ по себѣ есть только формальный. Я не потому долженъ изъ стипуляціи 100, что купилъ вещь и обѣщалъ уплатить эти 100, а потому, что обѣщалъ 100. И если послѣ я хочу вывести въ судѣ матерьяльную основу моего обѣщанія (я стипулировалъ solvendi causa) и отозвать его, то я долженъ вести особый процессъ (позже для этого достаточно эксцепціи), посредствомъ котораго буду condicere obligationem (а не qvantitatem, [1]) ибо я не уплачивалъ деньгами) совершенно такъ, какъ бы я кондицировалъ уплату денежную.

Къ основнымъ идеямъ Либе, какъ мы изобразили ихъ выше, примыкаетъ масса изслѣдованій отдѣльныхъ сторонъ вопроса, которыхъ мы не находимъ возможнымъ разсматривать особо каждое.

---

1) L. 1. pr. D. de cond. s. c. 12. 7.

Во всякомъ случаѣ, очень скоро вслѣдъ за его книгой появившійся въ 41 году пятый томъ системы Савиньи оказалъ сильное вліяніе если не на расширеніе круга интересовъ, пробужденныхъ сочиненіемъ Либе, то на иное направленіе изслѣдованія вопроса.

Вопроса о стипуляціи Савиньи касается здѣсь въ связи съ изслѣдованіемъ исковъ строгаго права (condictiones).

Когда имѣетъ мѣсто condictio? Случаи ея примѣненія Савиньи сводитъ къ совершенно простому основному принципу. Исходную точку для развитія этого строгаго иска составляетъ кредитная сдѣлка, заемъ. Существо займа предполагаетъ особую степень довѣрія со стороны лица, отчуждающаго свое имущество другому лицу, которое только обѣщаніемъ связываетъ себя въ отношеніи къ своему вѣрителю. Первоначальное значеніе выраженій—creditor, creditum—соотвѣтствуетъ требованію, возникшему изъ денежнаго займа. Оттуда это выраженіе перешло на отвлеченное понятіе требованія вообще.

> Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur. L. 10 de V. S. (50, 16.)
>
> Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. L. 11, L. 12 pr. eod.

Тамъ гдѣ въ основѣ требованія лежитъ предшествующій переносъ собственности вѣрителемъ на должника, гдѣ есть этотъ особый моментъ довѣрія, тамъ римское право даетъ кредитору строгій искъ (condictio), которымъ замѣняется потерянная собственникомъ виндикація, потерянный имъ искъ о собственности. Intentio въ исковой формулѣ идетъ на dare oportere.

Переходъ права собственности и потеря виндикаціоннаго иска имѣетъ, однако, мѣсто вовсе не въ однихъ только случаяхъ передачи собственности заемщи-

ку денегъ. Ровно тоже наступаетъ и тогда, когда я не ради кредита совершаю datum, и causa, которою условливалось это мое дѣйствіе, оказывается недостаточной по той или другой причинѣ, напримѣръ я уплатилъ по ошибкѣ. Здѣсь точно также въ замѣну виндикаціи, которую я все-таки утратилъ, даются такіе же строгіе иски; въ указанномъ нами примѣрѣ condictio indebiti, далѣе condictiones ob causam datorum, sine causa, ob injustam causam и проч. Въ такихъ случаяхъ ошибка или другой недостатокъ заступаетъ мѣсто довѣрія, лежащаго въ основаніи займа (стр. 525 общая картина кондикцій, которую мы здѣсь не будемъ разсматривать).

Всѣ эти случаи, въ которыхъ дальнѣйшимъ образомъ примѣняются condictiones, имѣютъ между собою общаго то, что въ нихъ происходитъ расширеніе имущества одного лица на счетъ другаго или изначала безъ основанія, или когда впослѣдствіи основаніе теряетъ силу.

Къ этому ряду случаевъ, которые служатъ, такъ сказать, типическими, Савиньи присоединяетъ рядъ другихъ, гдѣ тоже имѣла мѣсто condictio. Для насъ ближайшимъ образомъ важна стипуляція. Что стипуляція имѣла своимъ послѣдствіемъ condictio,—въ этомъ нѣтъ сомнѣнія. Но выдерживаетъ ли критику та конструкція, которую установилъ Савиньи вообще для кондикцій? Повидимому, говоритъ онъ, здѣсь нѣтъ никакой аналогіи съ займомъ, ибо стипуляція направлена не на возвратъ даннаго, а на обѣщанное новое дѣйствіе.

Этимъ, можно сказать, косвеннымъ путемъ, Савиньи, побуждаемый заранѣе установленнымъ имъ ученіемъ о строгихъ искахъ, приходитъ къ опредѣленію природы стипуляціи, какъ фингированнаго займа. Мы не ищемъ повѣрки этого предположенія, которое увлекло Савиньи къ розысканію исторической связи стипуляціи съ nexum. Онъ имѣетъ предшественниковъ (Либе высказывалъ тоже самое, только какъ гипотезу, стр. 4 и слѣд.) и послѣдователей въ этихъ изысканіяхъ. Для результатовъ нашего изслѣдованія эти всегда сохраняющія гипоте-

тическій характеръ задачи не имѣютъ опредѣляющаго значенія. Есть ли стипуляція въ своемъ основаніи фингированный заемъ или нѣтъ,—это вопросъ только о первоначальной фазѣ ея развитія, а вовсе не о природѣ вполнѣ опредѣлившагося явленія, съ каковымъ мы имѣемъ дѣло, когда разсматриваемъ корреальное обязательство, возникающее посредствомъ стипуляціи. Изслѣдованіе Савиньи имѣетъ очень важное значеніе тамъ, гдѣ оно даетъ исходныя точки для изученія системы кондикцій.

Въ дальнѣйшемъ движеніи литературной обработки вопроса, какъ опытъ и направленіе изслѣдованій Савиньи съ одной стороны, такъ и болѣе широкая точка зрѣнія, установленная Либе для изученія формальныхъ контрактовъ въ противуположность съ матерьяльными, съ другой, Савиньи очень скоро и непосредственно, Либе гораздо медленнѣе и позже нашли себѣ продолжателей. Мы остановимъ наше вниманіе на тѣхъ и другихъ явленіяхъ, но несомнѣнно, что главнымъ образомъ поставленный Либе вопросъ о природѣ формальнаго обязательства открывалъ самыя обширныя перспективы въ область изслѣдованія коренныхъ свойствъ этого вида правъ. Можно сказать, что у Либе [1]) опредѣлился со всѣмъ иной размѣръ вопроса, чѣмъ было до него. Изслѣдованіе Либе было нетолько критическаго характера, но сверхъ того его критика была обращена къ явленіямъ историческимъ и практическимъ. Отъ этого метода изслѣдованія позже часто уклонялись, уходя, какъ Дельбрюкъ, въ темныя области такъ называемаго національ-

---

1) Любопытно, что сочиненіе этого Gerichtsassessor'а изъ Вольфенбюттеля долго оставалось незамѣченнымъ и позже было довольно небрежно обсуждаемо самимъ Савиньи. Значеніе его лишь въ послѣднее время стали оцѣнивать. Это необходимое послѣдствіе слишкомъ сосредоточивающагося на одномъ пунктѣ свѣта, за предѣлами дѣйствія котораго ложится тѣмъ болѣе густая тѣнь. И такъ многіе очень значущіе писатели должны были оставаться въ тѣни, пока продолжали существовать тѣ причины, которыя сосредоточивали всю яркость свѣта на берлинскихъ свѣтилахъ.

наго сознанія, отличающаго-де совершенно римскій геній отъ генія германскаго, или въ еще болѣе неопредѣленныя сферы философскихъ и теологическихъ размышленій, какъ Кунце. Но, говоримъ мы, размѣръ вопроса былъ ясенъ. Если критикѣ юристовъ должны подлежать влiянія формализма и матерьяльныхъ началъ на юридическія образованія обязательствъ, то гдѣ признаки тѣхъ и другихъ въ римской и современной системѣ, что такое обязательство въ гражданскомъ юридическомъ оборотѣ, способно ли оно стать предметомъ обмѣна, какъ вещь матерьяльнаго міра, какъ слѣдуетъ разумѣть римское ученіе о непреемствѣ въ обязательствахъ, изъ котораго Мюленбрухъ сложилъ каменную стѣну, отдѣлявшую явленія современнаго оборота съ требованіями отъ римскихъ формъ, гдѣ, наконецъ, понятіе обязательства? [1]) Вотъ цѣлое поле вопросовъ, которые, поднявшись вдругъ въ литературѣ, возбудили даже въ теологическомъ Кунце опасеніе бури. И въ самомъ дѣлѣ, сила литературнаго движенія во всѣхъ направленіяхъ есть почти превозмогающая, и мы безъ преувеличенія говоримъ, что едва ли возможно отдѣльному лицу съ одинаковымъ вниманіемъ слѣдить за всѣмъ, что происходитъ въ разнихъ фазисахъ развитія этого движенія. [2]) Несомнѣнно, что преимущественно тѣ труды, которые имѣютъ наиболѣе солидную постановку на почву историческаго и практическаго изслѣдованія, и тѣ

1) Очень часто существенные вопросы, касающіеся природы обязательства, разъясняются въ виду той или другой его функціи, того или другаго вида обязательствъ; поэтому литература предмета расширяется на массу частныхъ изслѣдованій, о цессіи, о представительствѣ, о договорахъ въ пользу третьяго, о бумагахъ на предъявителя, о переводѣ долга, о сингулярной сукцессіи, о формальныхъ договорахъ, о новаціи и проч. Прибавимъ, что и изслѣдованія о корреальномъ обязательствѣ, если они правильно ставятся, ведутъ къ той-же цѣли.

2) Конечно, этимъ состояніемъ литературы условливается главнымъ образомъ необходимость и поява съѣздовъ юристовъ, которые были сперва мѣстными и лишь позже стали общегерманскими.

результаты, которые сводятся къ психическимъ основамъ явленій, заслуживаютъ особаго вниманія и изученія.

И такъ, ближайшимъ образомъ для нашего вопроса, вскорѣ послѣ Либе и Савиньи, Гнейстъ [1]) писалъ о формальныхъ договорахъ. Гнейстъ въ исходной точкѣ зрѣнія сходится съ Савиньи, считая то же весьма важнымъ для существа стипуляціи ея связь съ nexum и скрытую въ ней природу фингированнаго займа (стр. 136). Мы увидимъ дальше, что стипуляція имѣла мѣсто тамъ, гдѣ ни о какомъ займѣ не можетъ быть рѣчи (spondes-ne Stichum mihi dare?). По мнѣнію Гнейста, стипуляція возникаетъ или ради дара,—тогда ея causa заключается въ ней самой; но рядомъ съ этимъ она можетъ имѣть мѣсто ob causam praeteritam или ob causam futuram, и вотъ именно тутъ, въ вопросѣ объ отношеніи матерьяльной основы обѣщанія къ его силѣ, Гнейстъ существенно расходится съ Либе, и мы думаемъ, что этимъ онъ совершенно заслоняетъ себѣ возможность правильно опредѣлить функцію стипуляціи въ исторіи развитія римской системы обязательствъ. Дѣло въ томъ, что все вниманіе изслѣдованія сосредоточено на модификаціяхъ стипуляціи въ преторскомъ правѣ, въ которомъ, по мнѣнію Гнейста, фикція займа исчезла, и стипуляторъ долженъ былъ всякій разъ доказывать существованіе матерьяльной основы, на которой держится обѣщаніе! Съ этимъ вмѣстѣ формальная природа стипуляціи теряетъ всякій характеръ, и цѣлая масса явленій историческаго развитія римскаго обязательственнаго права [2]) остается безъ всякаго освѣщенія. Самъ Гнейстъ приходитъ къ тому результату, что это явленіе существующей формально и безъ всякой связи съ матерьяльной основой не имѣющей никакого со-

1) Die formellen Verträge des neueren römisch. Oblig. R. Berlin, 1845.

2) На этомъ, наиболѣе вѣрномъ, конечно, критеріѣ достоинства теоріи мы можемъ остановиться лишь позже. Сомнительный характеръ аргументаціи Гнейста давно доказанъ, и здѣсь мы не можемъ исчерпать вопроса. Одну изъ основъ конструкціи Гней-

держанія (substantia obligationis deficit) стипуляціи есть въ высшей степени замѣчательное и—мы прибавимъ—совершенно невозможное. Возможно утверждать, что у самого Гнейста взглядъ его на природу стипуляціи является не вполнѣ выдержаннымъ, ибо тамъ, гдѣ онъ говоритъ объ общихъ элементахъ сдѣлки, независимо отъ того, какой (традиціи или стипуляціи), тамъ онъ нетолько близко подходитъ къ Либе, но гораздо счастливѣе его сводитъ основу силы сдѣлки къ психическому моменту, къ волѣ лица, проявляющей себя въ словѣ, въ дѣйствіи, въ письмѣ, словомъ вовнѣ.

Ближайшимъ послѣдователемъ Гнейста [1]) можно считать Геймбаха [2]), который изслѣдуетъ вопросъ о формальныхъ обязательствахъ въ связи съ понятіемъ creditum и, вообще говоря, подчиняетъ формальный моментъ стипуляціи реальному.

Любопытно, что Савиньи, въ исходной точкѣ зрѣнія на развитіе стипуляціи такъ близко подходящій къ этой группѣ писателей, въ своемъ позднѣйшемъ сочиненіи объ обязательствахъ выражаетъ слѣдующее мнѣніе: во всякой сдѣлкѣ, говоритъ онъ, возможно различить *положительныя* условія ея бытія и силы; ихъ-то и должна представить теорія, и они должны быть раскрыты въ приложеніи къ дѣйствительной жизни. Независимо отъ этого можно представить себѣ болѣе или менѣе случайные недостатки или препятствія, которыя, тамъ гдѣ они есть, исключаютъ, даже при предположеніи тѣхъ положительныхъ условій, дѣйствительность

ста составляетъ мѣсто изъ Юлія Павла L. 25 D, de prob. et praes. 22. з., одно изъ самыхъ спорныхъ въ источникахъ, о которомъ Савиньи (Oblig II, 265) справедливо замѣчаетъ, что оно все искажено позднѣйшими компиляторами. Ср. также Виндшейда Lehre von der Voraussetzung, стр. 192—202.

1) Сочиненіе Гнейста незамѣнимо въ отношеніи къ изобилію матерьяла, воособенности для письменныхъ формъ стипуляціи. Задача изслѣдованія поставлена очень широко.

2) Die Lehre von dem Creditum. G. E. Heimbach, Leipzig, 1849 г.

сдѣлки совершенно или отчасти. Отсутствіе такихъ возможныхъ, случайныхъ препятствій справедливо обозначить именемъ *отрицательныхъ* условій сдѣлки. Было бы, однако, совершенно не логично и, такъ сказать, противно цѣли основательнаго уразумѣнія природы юридическаго отношенія сопоставлять эти негативныя условія, имѣющія совершенно исключительную природу, съ положительными и разсматривать тѣ и другія какъ однородныя. Въ такомъ нелогическомъ способѣ дѣйствія Савиньи упрекаетъ предлежащее ученіе, насколько оно выставляетъ возможность кондикцій (indebiti и пр.) противъ стипуляціи какъ основаніе, по которому стипуляція, какъ формальная сдѣлка, только тогда имѣетъ всю свою силу, когда ей предпосылается ея causa.

Савиньи, къ удивленію, однако не оцѣниваетъ всей практической важности различія взглядовъ, [1] и напротивъ, готовъ дать всему спору смыслъ только теоретическаго состязанія. Мы сейчасъ же будемъ имѣть случай убѣдиться, въ какой мѣрѣ это ошибочно.

Въ то время, когда протестъ противъ непрактическаго направленія юриспруденціи выражался со всей настойчивостью и открывалъ поле многочисленнымъ попыткамъ иногда то же существенно доктринальнаго характера, [2]) въ это время практическій характеръ вопросовъ раскрывался именно тамъ, гдѣ его всего меньше подозрѣвали настоящіе теоретики. Въ условіяхъ этого движенія, въ срединѣ пятидесятыхъ годовъ, мы

---

1) Стр. 266.

2) Какъ, напримѣръ, Leist'a, Ueber die dogmatische Analyse römischer Rechts institute, 1854 г., съ его реализмомъ, противъ котораго Кунце справедливо замѣчаетъ: Лейстъ думалъ поднять право до его самобытнаго значенія и вмѣсто этого открылъ ему совершенно служебную роль. Онъ походитъ на учителя эстетики, который хочетъ создать новое искусство, принижая его на степень подражанія природѣ. Онъ низводитъ художника на уровень дагерреотиписта. Должно замѣтить однако, что паѳосъ самого Кунце дѣлалъ всего болѣе понятнымъ потребность если не новаго направленія, то хотя нѣкотораго спокойствія, отъ кого бы оно ни было заимствовано, хотя бы даже отъ фотографовъ.

можемъ отмѣтить два обширныхъ литературныхъ труда, прямо относящихся къ нашему вопросу, изъ которыхъ каждый можетъ служить восполненіемъ другаго,— это сочиненія Бэра и Шлезингера [1]). Если мы присоединимъ къ этому позднѣйшее сочиненіе Гиртаннера (о стипуляціи) и Кунце (о сингулярной сукцессіи), то передъ нами раскроется во всемъ размѣрѣ картина вопроса о природѣ стипуляціи, и мы будемъ въ состояніи легко осмотрѣться въ обширномъ кругѣ задачъ, которыя всѣ какъ къ центру сходятся къ этой главной тэмѣ изслѣдованій. Кунце, въ конечномъ результатѣ, даетъ только чувствовать общіе моменты вопросовъ въ институтахъ, съ перваго раза не представляющихъ никакой необходимой связи одинъ съ другимъ. Новація и корреальность, цессія и переводъ долга, античный и современный взглядъ на право, и критическая, постановленная выше того и другаго точка зрѣнія на явленія нетолько права, но и всей области духа, и все это въ формѣ непрерывнаго диѳирамба на пространствѣ слишкомъ 400 страницъ! Отвлеченнѣйшая точка зрѣнія, которая помогла Кунце поставить въ связь многообразныя, внутренне-соприкасающіяся явленія (для насъ это была наиболѣе инструктивная часть его труда), если можно такъ выразиться, выместила себя на изслѣдованіи подробностей и практической стороны вопросовъ, почти повсюду мало изслѣдованныхъ и слабо разъясненныхъ. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи весь результатъ труда Кунце легко свести къ немногимъ, совершенно непривившимся въ литературѣ новымъ, искусственнымъ терминамъ, которые опять одинъ онъ принимаетъ въ свой обширный учебникъ.

Въ совершенной противуположности съ этимъ вся дѣятельность Бэра, сосредоточенная около тѣхъ же ин-

---

1) Только тамъ, гдѣ они касаются римскаго права. Бэра: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, во второй разъ изданное съ нѣкоторыми важными видоизмѣненіями въ 1867 году (мы пользуемся вторымъ изданіемъ), и Шлезингера, Zur Lehre von den Formalcontracten 1858.

тересовъ, расположилась въ ближайшемъ отношеніи къ явленіямъ практики въ отдѣльныя группы вопросовъ, и цѣлый рядъ отдѣльныхъ капитальнѣйшихъ монографій, о цессіи, о договорѣ признанія, о такъ называемыхъ договорахъ въ пользу третьяго (Бэръ не считаетъ названіе удачно выбраннымъ), явился какъ совершенно зрѣлый плодъ практическаго, историческаго и критическаго изученія дѣла, оказавшій очень быстро вліяніе на законодательство и практику. при томъ въ вопросѣ самаго кореннаго для всей системы обязательствъ свойства. Гораздо менѣе важный во всѣхъ этихъ отношеніяхъ, но въ особенности для исторіи римскихъ обязательствъ очень значущій трудъ принадлежитъ Гиртаннеру, который еще прежде нашелъ себѣ точку отправленія для изученія отвлеченныхъ отъ матерьяльной основы обязательствъ въ институтѣ поручительства и теперь возвратился къ своей задачѣ, чтобъ показать въ обширномъ видѣ отличительные признаки римскихъ формъ обязательственнаго права.

Если, какъ мы видѣли выше, Христіанзену удалось открыть очень опредѣленныя психическія и культурно-историческія условія, которыми объясняется значеніе слова [1]) въ системѣ римскаго формализма, то Гиртаннеръ ведетъ еще дальше происхожденіе этой рѣшающей силы слова, въ область его первоначально сакральнаго значенія. Затѣмъ, заслуга Гиртаннера, опять,

1) Догадку о происхожденіи старѣйшей формы обязательства, установляемаго словомъ (spondes-ne), которую предлагаетъ Савиньи, Vermisch. Schr., II, стр. 410, и System V, стр. 538, также Гнейстъ, указанное выше сочиненіе, стр. 136, Гиртаннеръ считаетъ недостаточной и предлагаетъ свою (см. особ. стр. 121 и слѣд. 218, 229). Мы, по возможности обходимъ не существенные для насъ пункты или такіе, которые полнѣе и лучше выразились у другихъ. Такъ, говоря о корреальномъ обязательствѣ, Гиртаннеръ близко сходится съ Фиттингомъ (стр. 252 и слѣд.), въ вопросѣ о природѣ стипуляціи и новаціи—то съ Либе, то съ Бэромъ (стр. 222, 223, 224). Какъ очень часто у этого писателя удачныя замѣчанія какъ-то обрываются и не приводятъ къ совершенно близкому, по видимому, результату, см. стр. 243.

по нашему мнѣнію, очень существенная, заключается въ томъ, что онъ старается прослѣдить отношеніе стипуляціи, какъ общей формы установленія обязательства, къ другимъ контрактамъ. Здѣсь она является именно въ той функціи, которая даетъ ей весь ея исключительный характеръ, всю ея особую пригодность, какъ общаго способа установлять обязательства по договору.

Наконецъ, несомнѣнную заслугу Шлезингера составляетъ рѣзко проведенное противуположеніе между римскими формальными элементами въ обязательствѣ и преимущественно матерьялизирующими тенденціями современнаго права. [1]) Въ стипуляціи отвлеченная воля, выразившаяся въ формѣ слова, даетъ основу обязательству, и силу такого обязательства можетъ ослабить лишь доказанная недостаточность юридическаго основанія, которую промиттентъ противупоставитъ иску. Шлезингеръ, такимъ образомъ, въ вопросѣ о дѣйствіи стипуляціи расходится съ Геймбахомъ и Гнейстомъ и приближается къ Либе, Савиньи, Виндшейду (о которомъ дальше) и Бэру. Нельзя, однако, сказать, чтобы кто нибудь такъ хорошо исчерпалъ вопросъ о природѣ стипуляціи, какъ Бэръ и Сальпіусъ, первый преимущественно съ практической, второй въ особенности съ исторической стороны, и мы теперь обращаясь къ ихъ ученіямъ, этимъ заключимъ продолжительное отступленіе отъ главной темы нашего изслѣдованія.

II. Результаты.

Мы ставимъ такимъ образомъ обоихъ названныхъ писателей во главѣ послѣдующаго изложенія. Какое значеніе имѣетъ для насъ этотъ выборъ, это предпочтеніе ихъ всѣмъ другимъ явленіямъ богатѣйшей юридической литературы?

Все значеніе постановки этихъ именъ во главѣ заключительнаго очерка условливается и исчерпывается

1) Книга посвящена Риббентропу.

тѣмъ, что никто такъ вѣрно и просто не умѣлъ взглянуть на практическую сущность задачи, какъ Бэръ, никто, съ другой стороны, съ такими ясно опредѣлившимися практическими вопросами не обращался къ исторіи римскаго права, какъ Сальпіусъ. Задачи ихъ не сходятся прямо съ нашей. Ни тотъ, ни другой не высказываетъ ничего рѣшающаго для нашей тэмы. Напротивъ, и Бэръ и Сальпіусъ о корреалитетѣ неправильнаго мнѣнія. Но въ то же время никто такъ правильно не смотритъ на природу формальнаго обязательства, какъ Бэръ; никто такъ вѣрно не расчленяетъ явленій формализма и послѣдующей матерьялизирующей тенденціи въ самомъ римскомъ правѣ, какъ Сальпіусъ.

Мы поставили выше рядъ вопросовъ (стр. 42). И такъ, всякій ли видъ договоровъ одинаково пригоденъ для корреалитета? Мы потомъ разсматривали одну стипуляцію. Либе убѣдилъ насъ въ томъ, что это не соподчиненный видъ контрактовъ, что здѣсь нѣчто иное. Это общая форма договорныхъ сдѣлокъ. По счастливому выраженію одного классическаго экзегета, это pandectae omnium contractuum.

Но однако, въ какой мѣрѣ, въ какую эпоху, съ какою силой, съ какимъ смысломъ, съ какими практическими послѣдствіями? Такимъ образомъ вопросъ нашъ—одинъ этотъ или и другіе договоры рождаютъ корреалитетъ—обращается въ вопросъ о томъ, когда и какъ относилась стипуляція къ другимъ явленіямъ въ системѣ римскихъ контрактовъ, когда и какъ произошли другіе контракты, не заключается ли величайшаго анахронизма въ той постановкѣ вопроса, какую ему давали до сихъ поръ? Форма контракта verbis не есть ли нѣкоторое и весьма продолжительное время въ исторіи римскаго права исключающая многія другія, лишь позже опредѣлившіяся, какъ отдѣльныя, формы контрактовъ? Не на ней ли выработались и не ею ли одной условливались такія явленія римскаго обязательственнаго права, для которыхъ позже, съ характеромъ всеобщности, поднимались вопросы всей системы римскихъ обязательствъ.

И такъ, вотъ зачѣмъ мы обращаемся къ обоимъ писателямъ. Мы не ищемъ у нихъ отвѣта на всѣ вопросы, касающіяся исторіи римскихъ обязательствъ. Такого отвѣта не даютъ намъ ни они, ни вся литература римскаго правовѣдѣнія вмѣстѣ взятая. Мы ищемъ у нихъ правильно поставленныхъ основныхъ задачъ изслѣдованія. Когда придетъ очередь [1]) болѣе широкаго опыта исторіи римскихъ обязательствъ, для этого, быть можетъ, есть прямыя указанія въ направленіи работъ, въ планахъ, въ чтеніяхъ извѣстныхъ руководящихъ людей въ Германіи. Покуда ея нѣтъ, но и то что есть на лицо даетъ возможность избѣжать грубыхъ ошибокъ и правильно различить явленія, смотря по ихъ связи съ господствующими чертами той или другой системы, той или другой эпохи юридическихъ образованій. Ближайшимъ образомъ, въ видѣ примѣра, въ нашемъ вопросѣ не можетъ быть болѣе грубаго анахронизма, какъ изъ позднѣйшихъ образованій натуральнаго обязательства дѣлать заключенія къ явленіямъ существенно формальной эпохи, какъ это дѣлаетъ Фиттингъ, обсуждая вопросъ о консумціи обязательствъ посредствомъ litis contestatio. Для предупрежденія такихъ ошибокъ сдѣлано уже достаточно много, какъ ни многаго остается еще желать.

До сихъ поръ мы видѣли, какое значеніе вообще имѣетъ формализмъ въ правѣ. На немъ существенно держится вопросъ объ охраненіи собственности и правъ требованія. Это вовсе не римское только, это всеобщее явленіе въ правѣ. Либе указалъ общіе моменты формализма въ разныхъ институтахъ. Савиньи обнаружилъ историческую связь виндикаціи съ системой кондикцій. Какъ относится Бэръ къ своей задачѣ?

---

1) Witte думаетъ, что никогда, по состоянію источниковъ! Это такой распространенный пессимизмъ, что никогда ничего лучшаго не будетъ, чѣмъ то, что мы сами продуцировали, что мы ему просто не хотимъ вѣрить, хотя бы это было доказываемо съ большею ученостью.

Бэръ держится собственно той же исходной точки, какъ Либе. Но съ помощью, какъ онъ самъ выражается, einer juristischen Lupe, онъ приходитъ къ такимъ аналитическимъ различіямъ, которыхъ не сдѣлалъ вполнѣ ясными никто изъ его предшественниковъ, и которыя въ то же время даютъ очень важные результаты, вообенности въ отношеніи къ группировкѣ явленій, родственныхъ по своей природѣ. И такъ,—формальные договоры. Въ этомъ понятіи формализма скрываются два разныхъ момента. Во 1-хъ, здѣсь есть противуположеніе съ матерьяльными контрактами. При всякомъ контрактѣ, все равно, есть ли онъ матерьяльный или формальный, необходимо существуетъ causa, въ виду которой лицо вступаетъ въ обязательство. Присутствіе ея есть *въ субъективномъ смыслѣ* психологическая необходимость всякой сдѣлки. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы та юридическая цѣль или причина, по которой одно лицо совершаетъ переносъ имущества на другое, всякій разъ должна была объективироваться, входить въ составъ сдѣлки, составлять ея содержаніе. Если сдѣлка получаетъ свою силу только тогда, когда въ ея составѣ, *объективно,* съ самаго начала есть такая causa, то мы называемъ эту сдѣлку матерьяльной. Совершенно иного характера тѣ сдѣлки, которыхъ дѣйствіе не поставлено объективно въ зависимость отъ causa. Такія сдѣлки суть *формальныя въ отрицательномъ смыслѣ,* не матерьяльныя.—Но, съ другой стороны, то же понятіе формальной сдѣлки имѣетъ еще другой, *положительный смыслъ,* ибо выраженіе воли въ нихъ пріурочивается къ опредѣленной формѣ, тогда какъ въ матерьяльныхъ контрактахъ такая форма обыкновенно не есть существенная. [1])

---

1) Это различіе положительно и отрицательно формальнаго элемента въ формальныхъ контрактахъ подало поводъ къ любопытному недоразумѣнію. Арндтсъ, и вслѣдъ за нимъ Унгеръ, увидѣли въ понятіи отрицательно формальной сдѣлки ошибку, именно слишкомъ широкое опредѣленіе признака формальнаго контракта, подъ которое подходитъ, по ихъ мнѣнію, и дареніе и мандатъ, ибо и въ этихъ сдѣлкахъ тоже нѣтъ никакого матерьяльнаго юри-

Расчлененіе этихъ двухъ моментовъ формальной сдѣлки очень важно. (Моментъ отрицально-формальный, во избѣжаніе недоразумѣній, мы будемъ дальше называть свойствомъ *абстрактности*, отрѣшенности формальнаго обязательства отъ матерьяльнаго юридическаго основанія). Важность этого различенія обнаруживается прежде всего на вопросѣ о томъ, чѣмъ же собственно условлена сила формальнаго обязательства. Необходима ли извѣстная форма соглашеній, извѣстный обрядъ, для того, чтобъ сдѣлка повлекла за собою юридическія послѣдствія, независимо отъ ея матерьяльныхъ основаній, или форма, обрядъ не составляетъ ничего существеннаго? Стипуляція заключала въ себѣ и отрицательно

дическаго основанія (causa), отъ котораго находилось бы въ зависимости обязательство мандатара или дарителя. И такъ, здѣсь, думаютъ они, тоже отрицаніе юридическаго основанія, которое-де Бэръ считаетъ признакомъ формальнаго контракта. Въ отвѣтъ на эти сомнѣнія Бэръ выводитъ вопросъ на практическую почву. Если я ищу изъ даренія, т. е. основываясь на принятомъ мною обѣщаніи дать мнѣ 100 въ подарокъ, то, хотя здѣсь нѣтъ матерьяльнаго юридическаго основанія обязательности, но однако я въ процессѣ долженъ вывести искъ въ такомъ видѣ: такой-то обѣщалъ мнѣ *въ видѣ дара* столько-то. Совершенно иначе, если отрицательно-формальный контрактъ выводится въ процессъ,— тогда не надо указывать, какъ мнѣ было обѣщано, а достаточно указать на то, что было обѣщано. Отсюда ясно, что безмездность есть положительное качество извѣстныхъ сдѣлокъ, даренія, мандата. Такимъ образомъ Арндтсъ и Унгеръ смѣшали отрицаніе вознагражденія, которое составляетъ *положительное качество* этихъ сдѣлокъ, и какъ таковое должно являться въ процессѣ, и отрѣшенность отъ юридическаго основанія, которая именно *отрицательно* обнаруживается въ процессѣ. Они не отличаютъ матерьяльнаго отрицанія юридическаго основанія (которое есть въ дареніи, въ мандатѣ) отъ процессуальнаго отрицанія его, отъ процессуальной его ненадобности. Здѣсь можно припомнить опять упрекъ, который Савиньи дѣлаетъ Гнейсту въ нелогичности (см. вышеприведенное мѣсто изъ книги Савиньи объ обязат.). По поводу легата слѣдуетъ сказать совершенно то же, хотя Бэръ (стр. 31) дѣлаетъ изъ L. 72 § 6 D. de cond. et dem. 35. 1. иное употребленіе. Легатъ выводится въ стипуляцію, ибо въ легатѣ вовсе нѣтъ той абстракціи, которая есть въ стипуляціи. Ср. L. 1 § 13 и 14. D. 36. 3. L. 62 D. 12. 6.

формальный моментъ (абстрактность) и положительно формальный моментъ (verborum solennitas.). Но совершенно та же отрѣшенность является въ другихъ сдѣлкахъ, вовсе не требующихъ никакихъ формальностей для ихъ совершенія. Стало быть, не въ формѣ, а въ волѣ лица заключается обязывающая сила абстрактнаго обязательства. Должникъ хочетъ поставить свое обязательство въ полную независимость отъ матерьяльнаго основанія: онъ признаетъ свой долгъ и открываетъ этимъ вѣрителю возможность требовать на единственномъ основаніи этого признанія, чѣмъ бы этотъ долгъ ни условливался. И такъ, вся природа абстрактнаго обязательства существуетъ и тогда и тамъ, гдѣ вовсе нѣтъ необходимой, именно для такихъ сдѣлокъ установленной обрядности.

Какія же сдѣлки имѣютъ въ римскомъ правѣ это свойство? Одни ли только формальные контракты? Нѣтъ! Совершенно то же свойство имѣетъ и традиція. Такимъ образомъ, *стипуляція* даетъ въ своемъ результатѣ отрѣшенное отъ causa обязательство, *традиція* также отрѣшенный отъ causa переносъ права собственности. И та и другая, стало быть, составляютъ *акты абстрактнаго переноса имущества*,—первая въ видѣ обязательства, устанавливаемаго должникомъ вѣрителю, вторая въ видѣ права собственности, переносимаго прежнимъ собственникомъ на новаго.

Представляетъ ли такое отрѣшеніе обязательства или переноса права собственности отъ матерьяльнаго основанія нѣчто естественное, прямо соотвѣтствующее природѣ отношеній, или это искусственное разобщеніе такихъ элементовъ, которые естественнымъ образомъ всегда существуютъ одинъ при другомъ?

Несомнѣнно, что какъ обязательство, такъ и передача собственности всегда установляются въ виду совершенно опредѣленнаго матерьяльнаго основанія, это ихъ натуральная, прямо данная природой вещей связь; но для извѣстныхъ юридическихъ цѣлей эта естественная связь разрывается, и сила акта является изолированной, ничѣмъ не условленной. Мы сейчасъ сказали,

что въ естественномъ порядкѣ разобщенія между юридическимъ основаніемъ дѣйствія и его послѣдствіями не существуетъ. Это разобщеніе составляетъ искуственный пріемъ. Но цѣль его состоитъ вовсе не въ томъ, чтобы противорѣчить природѣ вещей. Такое разобщеніе существуетъ, какъ мы сейчасъ покажемъ, только въ видахъ пользы и удобства имущественнаго оборота, съ одной стороны, и съ другой—въ видахъ легкости охраненія правъ. Отрѣшенная формальная сила актовъ дѣйствуетъ до тѣхъ только поръ, пока не встрѣтила противодѣйствія въ матерьяльной истинѣ. Она не противъ матерьяльной истины направлена, а поставлена въ извѣстную степень независимости отъ нея, хотя in fine finali этотъ пріемъ составляетъ лишь средство, лишь способъ дѣйствія для достиженія матерьяльной правды. Съ характеромъ общимъ, для самыхъ различныхъ институтовъ, этотъ способъ дѣйствія является въ такъ называемыхъ юридическихъ фикціяхъ. [1]) Наконецъ, присутствіе этихъ элементовъ формализма не ограничивается вовсе однимъ гражданскимъ правомъ. То же самое можно замѣтить и въ нѣкоторыхъ политическихъ институтахъ [2]).

---

1) Виндшейдъ. Lehre von der Voraussetzung, сходится во многихъ существенныхъ вопросахъ съ Бэромъ.

2) Ihering, позже Бэра, касается этого вопроса именно въ такомъ широкомъ смыслѣ и въ числѣ различныхъ пріемовъ юридическаго искусства разсматриваетъ и этотъ, который онъ называетъ аналитическимъ упрощеніемъ фактическаго состава (Geist, III, § 55, 56). Это абстракція тѣхъ же положеній, которыя отчасти выражалъ еще Либе, позже Шталь и Бэръ, но достоинство абстракціи Ihering'а, выражаясь словами Бэра, въ томъ, что она, какъ алгебраическая формула, выражаетъ результаты, не разрушая элементовъ. И въ этомъ отношеніи никто не есть равный Ihering'у соперникъ. Ближайшимъ образомъ касаясь нашего вопроса, онъ говоритъ своимъ пластическимъ языкомъ, что causa въ обязательствѣ выдѣляется, какъ vitium въ вопросѣ о выборахъ, и этимъ выдѣленіемъ болѣзненной матеріи условливается здоровье и сила абстрактныхъ сдѣлокъ (стр. 228). Припомнимъ при этомъ слова Юлія Павла: obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt. Paul. Rec. Sent. V. 7. § 1. Можно сказать, что въ

Какая же ближайшая цѣль достигается именно абстрактнымъ обязательствомъ? Бэръ, чтобы дать отвѣтъ на этотъ вопросъ, разсматриваетъ параллельно для права собственности и для правъ по обязательствамъ тѣ трудности, которыя соединяются съ защитой права передъ судомъ. Эти трудности суть двоякаго рода. Во первыхъ, нерѣдко бываетъ весьма трудно привести судъ къ убѣжденію въ истинности фактовъ, на которыхъ право основано, во вторыхъ, хотя бы это и было въ данномъ случаѣ достигнуто, судъ и при этомъ все-таки можетъ неправильно обсудить эти факты. Поэтому защита права собственности примыкаетъ прежде всего къ тому фактическому состоянію, въ которомъ находится собственникъ, къ владѣнію. Для защиты собственности нѣтъ надобности тотчасъ поднимать петиторный про-

---

основѣ этой же точкой зрѣнія условливается и новая столь богатая послѣдствіями постановка Jhering'омъ вопроса о защитѣ владѣнія. Владѣніе защищается не само ради себя, а ради защиты собственности. Вмѣсто петиторнаго процесса процессъ поссессорный есть разсчитанный на защиту собственника, хотя по конструкціи своей онъ можетъ служить и для несобственника. Здѣсь то же, что въ облегченномъ способѣ доказывать качество вѣрителя посредствомъ бумаги на предъявителя. Воспользоваться этимъ средствомъ можетъ несомнѣнно и тотъ, кто силой захватитъ бумагу, но не на это разсчитанъ институтъ, и это составляетъ лишь неизбѣжное послѣдствіе, неизбѣжное зло, въ общемъ результатѣ совершенно ничтожное сравнительно съ выгодами, которыя доставляетъ институтъ, неизбѣжное послѣдствіе именно облегченнаго способа доказывать. Вмѣсто одного процесса мы имѣемъ повидимому два. И въ самомъ дѣлѣ, въ извѣстныхъ условіяхъ процессъ о владѣніи не будетъ исключать процесса о собственности. Искъ изъ стипуляціи также не исключаетъ кондикціоннаго процесса. Но это только одна возможность. Расчлененіе двухъ процессовъ разсчитано вовсе не на то, чтобы они оба всякій разъ имѣли мѣсто, а совершенно на оборотъ—на то, чтобы въ одномъ простѣйшимъ образомъ разрѣшался весь вопросъ окончательно. Только въ учебникѣ искъ петиторный и поссессорный, искъ изъ стипуляціи и идущая на встрѣчу ей кондикція являются какъ двѣ равныя возможности. Въ практикѣ, тамъ гдѣ расчлененіе вопросовъ правильно проведено, въ массѣ случаевъ possessorium рѣшаетъ весь споръ, искъ изъ стипуляціи оканчиваетъ весь вопросъ объ обязательствѣ.

цессъ.—Но такъ-ли же выгодно поставленъ въ этомъ отношеніи вѣритель? Конечно нѣтъ, и единственный путь, который открытъ для него, есть путь судебной защиты. Такимъ образомъ вѣритель всегда и необходимо подвергается тѣмъ опасностямъ, которыя связаны съ процессомъ. Но, съ другой стороны, выгода его положенія состоитъ въ томъ, что онъ заранѣе знаетъ, съ кѣмъ будетъ имѣть дѣло. Поэтому для него открыта возможность заранѣе поставить такъ вопросъ о своемъ правѣ, чтобъ онъ наименѣе подвергался той или другой изъ двухъ выше указанныхъ опасностей, которыя связаны съ процессомъ. Замѣтимъ сверхъ этого, что римское право не знало исполнительнаго процесса по взысканіямъ [1]), и что взысканіе всегда должно было происходить съ участіемъ суда. Въ виду этихъ соображеній, намъ будетъ понятно, отчего въ Римѣ очень рано и весьма обширно развилась система своеобразныхъ способовъ обезпеченія вѣрителя отъ опасностей процесса.

Какъ эта цѣль достигалась воособенности въ контрактѣ verbis, въ стипуляціи? Мы сказали выше, что здѣсь обязательство имѣло силу независимо отъ causa, которою условливалось обѣщаніе должника (припомнимъ вышеприведенный нами art. 1132. Cod. Napol., который совершенно вѣрно выражаетъ эту идею римской стипуляціи). Притязаніе вѣрителя являлось въ судѣ совершенно доказаннымъ, едва доказанъ этотъ простой составъ сдѣлки (spondes-ne?—spondeo), и при этомъ недопускающимъ никакихъ встрѣчныхъ притязаній, строго одностороннимъ. Въ этомъ заключается характеръ формализма и односторонности притязанія. Если бы отвѣтчикъ захотѣлъ противупоставить силѣ стипуляціи свое возраженіе, которое держится на какомъ либо матерьяльномъ юридическомъ основаніи, то онъ самъ долженъ явиться истцомъ, самъ доказывать это матерьяльное основаніе своего права. Права вѣрителя не должны

1) Мы не разумѣемъ здѣсь первоначальныхъ формъ защиты права.

подвергаться никакому умаленію, въ виду *возможныхъ* возраженій. Для этихъ цѣлей въ Римѣ существуетъ цѣлая система кондикцій, которыя направляются противъ всякаго вида переноса имущества на другое лицо безъ достаточнаго основанія, будетъ ли это передача вещи или установленія абстрактнаго обязательства.

Есть однако такія отношенія, которыхъ природа, повидимому, совершенно исключаетъ возможность односторонней постановки вопроса на точку зрѣнія права. Какъ обходилась практика въ этихъ случаяхъ? Какимъ образомъ обезпечивался исковой характеръ притязаній, положимъ, покупщика въ отношеніи къ продавцу въ связи съ соотвѣтствующими имъ обязанностями? Дѣло въ томъ, что римское право въ эпоху развитія формализма и здѣсь только путемъ противупоставленія двухъ правъ одного другому достигало тѣхъ цѣлей, которыя позже достигались иначе. [1]) Надо было разложить сдѣлку на ея элементы, на два другъ другу противупоставленныхъ формальныхъ обязательства.

Мы подходимъ къ любопытнѣйшему явленію въ исторіи развитія римскихъ контрактовъ. Мы видѣли отчасти уже выше, что стипуляція могла имѣть своимъ предметомъ вовсе не одно только dare, но также и facere. Можно было въ отвлеченной формѣ обязаться на разнообразнѣйшія дѣйствія (domum aedificari, navem fabricari, insulam fulciri, per te non fieri qvominus mihi ire agere liceat и проч.). Эта широкая пригодность давала стипуляціи совершенно иное и несравненно болѣе обширное значеніе въ гражданскомъ оборотѣ, чѣмъ имѣетъ нашъ вексель.

---

1) Stahl, Rechtsphilosophie, II, 1870 г., стр. 513, говоритъ: es ist der Gedanke: nur das sind gerichtlich vollwirksame Verträge, welche ein reines unbedingtes Recht, nicht ein von Gegenverbindlichkeit abhängiges Recht erzeugen. Ein solcher ist die Stipulation, sie hat ihre innerste Bedeutung eben nur darin, das sie durchaus einseitige Forderungen erzeugt; denn wenn auch Gegenstipulation möglich ist, so ist doch ihr Erfolg nur der, dass zwei von einander ganz unabhängige Forderungen bestehen, nicht ein Band wechselseitiger Verpflichtung.

Въ виду этихъ свойствъ римскаго формализма и этой способности стипуляціи служить средствомъ для самыхъ разнообразныхъ цѣлей, вся система римскихъ контрактовъ развивается совершенно оригинальнымъ образомъ, и долгое время въ такихъ отношеніяхъ, въ которыхъ, по нашему разумѣнію, необходимо присутствуетъ элементъ взаимности, римская практика обходилась абстрактнымъ противупоставленіямъ двухъ отвлеченныхъ обязательствъ.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что тѣже сдѣлки, которыя позже образовали собою самостоятельные исковые контракты, конструировались первоначально совершенно иначе. Мы постараемся показать это на отдѣльныхъ примѣрахъ.

Depositum имѣло мѣсто еще въ законахъ 12 табл., но иска, который имѣетъ мѣсто позже для соотвѣтствующаго контракта, вовсе еще не было въ эту пору. Искъ, которымъ преслѣдовалъ deponent depositar'а былъ вовсе не actio depositi, а штрафной, направленный на duplum [1]). Совершенно тоже слѣдуетъ сказать и объ actio pro socio, на которой еще при Цицеронѣ лежалъ тотъ-же штрафной характеръ [2]).

Въ отношеніи къ другимъ консензуальнымъ контрактамъ источники даютъ больше средствъ, чтобъ опредѣлить ихъ возрастъ.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что сдѣлки купли продажи посредствомъ передачи вещи и тутъ-же, in continenti, цѣны вещи имѣли мѣсто испоконъ вѣку, какъ онѣ безпрерывно совершаются теперь. Но это однако вовсе не составляетъ консензуальнаго римскаго контракта, который мы разумѣемъ, когда говоримъ объ emtio-venditio. Тутъ вовсе нѣтъ сюналлагматическаго исковаго обязательства той и другой стороны, которое возникаетъ solo consensu, безъ всякихъ необходимыхъ

---

1) Ihering, Schuldmoment, Giessen, 1867 г.

2) Тамъ-же. Ср. еще Bekker'a, die Aktionen, стр. 145, примѣч. 33, стр. 149, прим. 48.

для установленія обязательства формъ. Что касается вопроса о времени происхожденія контракта emtio-venditio въ этомъ видѣ, то нѣтъ основательныхъ причинъ сомнѣваться, что его еще не зналъ Плавтъ [1]). Съ еще большимъ правомъ тоже самое можно сказать и о locatio-conductio [2]).—Лабеонъ ставитъ всѣ консензуальные контракты на ряду, отмѣчая въ нихъ общую черту обязательства ultro citroqve, [3]) что греки называютъ сюналлагмой. Есть основаніе думать, что именно Лабеонъ и его школа приводили къ сознанію конструкцію этихъ двустороннихъ обязательственныхъ отношеній.

Что касается, наконецъ, contractus innominati, то ихъ образованіе, въ виду прежде опредѣлившихся actiones praescriptis verbis, должно быть отнесено именно ко времени Лабеона, и окончательно сюналлагматическій характеръ ихъ опредѣлился лишь во второмъ вѣкѣ императорской эпохи [4]).

И такъ очень долгое время въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ мы совершенно привыкли видѣть обоюдность правъ и обязанностей, Римляне обходились другими средствами, и главнымъ образомъ, формой односторонняго абстрактнаго обязательства.

Что-же, спросимъ мы, въ этомъ оригинальномъ явленіи обязательствъ, въ этой односторонней конструкціи отношеній, существенно двустороннихъ, не лежитъ ли, быть можетъ, нѣчто только въ римскомъ правѣ имѣющее мѣсто, нѣчто только римскому генію свойственное, и при томъ даже здѣсь нѣчто только извѣстной эпохѣ развитія права соотвѣтствующее?—Ни то, ни

---

1) Ср. Гиртаннера, Stipulation, стр. 353, также Беккера, который въ 53 году писалъ: De emtione-venditione, qvae Plauti fabulis fuisse probetur, и теперь опять въ назв. выше сочиненіи, стр. 148.

2) Ср. Гнейстъ, назв. выше сочин., стр. 140.

3) L. 19 D. de V. S.

4) L. 7 § 2 D. de pactis. 2. 12. Беккеръ, Aktionen, стр. 150. Гнейстъ, стр. 131—134, 142, 165—170.

другое.—Въ самомъ римскомъ правѣ эти явленія формализма продолжаютъ существовать и тогда, когда формализмъ и односторонность давно перестали составлять опредѣляющія черты въ характерѣ развитія права. Они продолжаютъ существовать, когда есть выборъ, когда нѣтъ неизбѣжной необходимости ихъ держаться. Для насъ достаточно указать одно мѣсто изъ нашего титула, чтобъ убѣдиться въ этомъ. Юліанъ говоритъ объ обязательствѣ совершить извѣстныя наемныя дѣйствія, которое установляется посредствомъ стипуляціи, тогда какъ въ его время, конечно, здѣсь могъ имѣть приложеніе матерьяльный контрактъ, locatio-conductio [1].—А въ современномъ правѣ? И здѣсь точно также, не смотря на то, что есть полная возможность сюналлагматически конструировать договоры,—они являются вовсе не въ этомъ только видѣ, и кто имѣетъ даръ правильнаго и точнаго наблюденія природы юридическихъ явленій, какъ Бэръ, тотъ открываетъ въ современномъ правѣ множество явленій совершенно соотвѣтствующихъ началамъ римскаго формализма Разобщеніе элементовъ сложнаго отношенія, юридическая постановка ихъ въ извѣстную степень независимости одного отъ другаго представляетъ такія выгоды съ точки зрѣнія экономическаго оборота съ требованіями, что торговое право давно прилагаетъ этотъ способъ дѣйствія, вовсе не условленный необходимостью, а прямо разсчетомъ. [2]).

Намъ осталось бы собственно очень не многое сказать о функціяхъ абстрактной стипуляціи, въ условіяхъ описаннаго нами формализма, для цѣлей делегаціи и новаціи, чтобы открыть себѣ путь къ объясненію самому простому и наглядному явленій корреальнаго обязательства. Но если мы не хотимъ ограничивать строго нашей задачи одной основной формой корреальности, если

---

1) L. 5 D. h. t.

2) Ср. Jahrbüch. f. d. Dogmat., 1858 г., 3-ья тетр., стр. 418. Также Сальпіуса, назван. выше сочин., § 37, гдѣ читатель найдетъ любопытные образцы такихъ стипуляцій въ сдѣлкахъ по сельскому хозяйству.

мы считаемъ полезнымъ съ этой точки зрѣнія показать еще дальнѣйшіе виды на послѣдующее развитіе тогоже явленія, то намъ необходимо остановить наше вниманіе на тѣхъ модификаціяхъ, которыя потерпѣла сама стипуляція въ своемъ послѣдующемъ развитіи.

Мы показали выше, въ видѣ примѣра, нѣсколько сдѣлокъ, въ которыхъ формальный контрактъ способенъ былъ въ извѣстной степени замѣнить собою позже развившуюся сюналлагму. Для этого были необходимы тѣ качества, которыя имѣла стипуляція. Но ея свойства однимъ этимъ не ограничиваются. Стипуляція способна, въ извѣстной степени, выразить въ себѣ и самую сюналлагму, двусторонность, обоюдность сдѣлки. Дѣло въ томъ, что римская техника допускала условія въ составъ стипуляціи, а это давало возможность ей еще болѣе широко захватить кругъ матерьяльныхъ отношеній, даже связать ихъ, когда не было иныхъ средствъ, кромѣ формальныхъ и косвенныхъ для этихъ цѣлей. Условная стипуляція, если условіемъ было выполненіе того дѣйствія, которое собственно заключало въ себѣ скрытую матерьяльную основу обѣщанія, составляла первый шагъ къ матерьялизированью контракта [1]). Удобство осложнять такимъ образомъ по существу своему простой словесный договоръ представляла письменная форма, въ которую стали очень часто облекать стипуляцію уже во время Цицерона [2]). Но не должно отсюда заключать, чтобъ письмо принадлежало къ существу сдѣлки; это только средство доказательства; договоръ продолжаетъ всё-таки быть словеснымъ, и искъ изъ такой сдѣлки имѣетъ всѣ свойства строгаго иска.

---

1) Centum dare spondes, si eqvum dederim? eqvum dare spondes, si centum dederim? Мы не говоримъ здѣсь о множествѣ сочетаній, которыя дѣлала возможными условность, напр. съ цѣлью обеспеченія взысканія. Извѣстно тоже, что условіе не рѣдко ставилось такъ, что прикрывало собой злоупотребленія, подкупъ: обѣщаетъ ли, если N будетъ консуломъ.

2) Эту сторону вопроса особенно разработывалъ Гнейстъ, см. стр. 239—258 и слѣд.

Другой шагъ къ видоизмѣненію формальной и односторонней природы стипуляціи составляло (совершенно соотвѣтственно развитію частей искогой формулы въ преторской практикѣ) присоединеніе къ ней clausulae doli. Съ этимъ вмѣстѣ тотъ простой процессъ, изъ котораго выдѣлялись всѣ встрѣчныя притязанія въ особые иски, уступалъ мѣсто комбинаціи нѣсколькихъ притязаній, которыя лишь въ совокупности условливали собой кондемнацію. [1])

Наконецъ—и это несомнѣнно самый рѣшительный шагъ въ процессѣ матерьялизированья стипуляціи—она является со включеніемъ въ нее каузальнаго момента. Это stipulatio adjecta causa. [2]) Здѣсь содержаніе стипуляціи можетъ совершенно совпасть съ матерьяльнымъ контрактомъ: я обѣщаю уплатить 100 за купленный мною хлѣбъ. Causa перестаетъ составлять нѣчто особо отъ контракта стоящее, сливается съ нимъ и входитъ въ единство понятія цѣны за купленную вещь, стало быть вовсе теряетъ характеръ абстракціи. Сальпіусъ называетъ такія стипуляціи матерьяльными. Искъ, отсюда возникающій, есть все-таки actio stricti juris. Если къ этому присоединялась clausula: dolum malum abesse abfuturumqve, то судья долженъ былъ, какъ при соотвѣтствующемъ присоединеніи такой статьи къ формулѣ, принять во вниманіе всѣ въ основѣ сдѣлки лежащіе виды и намѣренія сторонъ.

Эти модификаціи, конечно, лишаютъ стипуляцію той примѣнимости къ разнообразнымъ функціямъ, къ которымъ она способна въ своемъ первоначальномъ, чистомъ видѣ. Онѣ прирастаютъ ее къ извѣстной матерьяльной цѣли, такъ сказать локализируютъ ее. Но намъ необходимо прослѣдить этотъ процессъ преобразованія стипуляціи, ибо въ немъ, какъ въ чистомъ зеркалѣ, отражает-

---

1) Cp. L. 53 L. 56 § 4 L. 119 D. de V. O.

2) Въ разъясненіи этой стороны вопроса заключается одна изъ главныхъ заслугъ Сальпіуса. Сальпіусъ формулируетъ свое ученіе о природѣ стипуляціи коротко такъ: абстрактность есть только факультативное свойство стипуляціи.

ся всеобщій склонъ права отъ прежняго формализма, абстракціи, обобщенія, къ послѣдующему индивидуализирующему, безформенному выраженію юридической идеи.

Если прежде отвлеченная стипуляція замѣняла собою множество позже развившихся контрактовъ, то теперь эти контракты конкуррирують съ ней и въ свою очередь отражаютъ на ней свои черты. Ступени, которыя проходитъ стипуляція въ этомъ направленіи, дѣлаютъ переходъ едва замѣтнымъ, и только направленіе движенія ясно. Возьмемъ нѣсколько примѣровъ. Я промиттирую centum dare dotis nomine. Это—стипуляція adjecta causa, ибо дѣйствіе ея наступаетъ лишь тогда, когда наступитъ матерьяльная основа обязательности,—здѣсь бракъ. Такая прибавка очень ясно локализируетъ [1]) стипуляцію. Она перестаетъ уже быть годной для всѣхъ тѣхъ функцій, для которыхъ годится простое обѣщаніе. Но ея первоначальная природа еще совершенно видна. Но если въ стипуляцію вводится [2]) все содержаніе матерьяльнаго контракта, или если въ одномъ письменномъ актѣ съ характеромъ взаимной условленности (reciprocität) являются оба элемента матерьяльнаго контракта въ формѣ двухъ стипуляцій, если къ этому присоединена еще clausula doli,—то въ такой описательной стипуляціи, можно сказать, сглаженъ совершенно весь ея подлинный характеръ, и она становится тѣмъ-же, чѣмъ былъ бы самый матерьяльный контрактъ. Гдѣ здѣсь граница между понятіемъ матерьяльнаго контракта и этой сложной, описательной стипуляціи,—трудно сказать. [3]) Первоначально, конечно, ее

---

1) Мы позволяемъ себѣ употреблять это выраженіе, ибо кажется смыслъ его ясенъ, и оно избавляетъ насъ отъ другихъ, описательныхъ оборотовъ.

2) In stipulationem deducere—совершенно тоже какъ in judicium deducere, stipulatio demonstrat. Ср. L. 62 D. 12. 6. L. 125 de V. O. Qvaedam agantur..... ut in stipulatione L. 19 D. de V. S. Aulus Agerius и Numerius Negidius въ стипуляціи L. 18 § 1 D. 46. 4.

3) Только въ виду этого намъ кажется возможнымъ объясненіе извѣстнаго по своей трудности L. 9 pr. D. h. t.

можно обозначить тѣмъ, что въ контрактахъ bonae fidei doli exceptio inest, а здѣсь она должна быть именно выражена, но и этотъ признакъ терялъ практическое значеніе уже въ заключительныхъ фазисахъ развитія формулярнаго процесса, а позже тѣмъ меньше имѣлъ важности. Наконецъ у Юстиніана вся формальная обязательственная природа стипуляціи исчезаетъ вовсе, и плодомъ этого развитія является изуродованный текстъ Юлія Павла, въ которомъ читаемъ:

> Si cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loqvitur, tunc eum, in qvem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, qvod in cautionem deduxit... [1])

Такимъ образомъ cautio indiscreta, абстрактно поставленное обязательство, не даетъ никакого основанія для иска, и если вѣритель хочетъ достигнуть своей цѣли, то онъ долженъ доказать существованіе инаго, матерьяльнаго основанія обязательства. Весь циклъ превращеній совершился, стало быть, еще на римской почвѣ. Дѣйствіе, которое теперь имѣла стипуляція, есть такого-же рода, какое имѣетъ въ прусскомъ ландрехтѣ письменность, ставшая обыкновеннымъ условіемъ исковаго характера договоровъ. Въ письменный актъ вводится все содержаніе договора. Чистое обѣщаніе—я заплачу тебѣ 100—не станетъ однако исковымъ оттого, что будетъ облечено въ письменную форму. Обязывающая сила контракта связана съ его содержаніемъ, форма обеспечиваетъ ему только успѣшность его осуществленія въ смыслѣ легчайшаго способа доказывать. Одна черта стипуляціи, которую она удержала въ этой стадіи,—это прибавка въ концѣ тѣхъ словъ, которыя составляли реминисценцію ея прежняго значенія: stipulatus est P. Maevius, spopondi ego L. Titius. [2])

---

1) L. 25 § 4 D. de probat. 22. 3.

2) Ср. напр. L. 40 de R. C., впрочемъ форма безпрестанно встрѣчается въ источникахъ.

Этому преображенію стипуляціи мы обязаны тѣмъ, что долгое время подлинная природа ея и всѣ ея функціи составляли тайну для современной науки. Юстиніановская компиляція сгладила и частью совсѣмъ стерла слѣды ея прежняго формальнаго значенія въ богатыхъ остаткахъ классической литературы, которая должна была войти въ составъ сборника, приноровленнаго къ духу и потребностямъ позднѣйшей эпохи. Именно въ отношеніи къ стипуляціи императоръ самъ даетъ намъ свидѣтельство о томъ способѣ дѣйствія, которому слѣдовали редакторы относительно предлежавшаго имъ матерьяла:

> Septimus autem et novissimus articulus Digestorum sex libris formatus est, qvo de stipulationibus seu verborum obligationibus, et fidejussoribus, et mandatoribus, nec non novationibus, et solutionibus, et acceptilationibus, et de praetoriis stipulationibus omne, qvod jus invenitur, gemino volumine inscriptum est, qvod in libris antiqvis nec numerari possibile fuit [1]).

Это было сокращеніе и при томъ еще приноровленное къ практическимъ цѣлямъ. Понятна вся трудность, съ которой сопряжена задача возстановленія историческаго процесса развитія стипуляціи, и всё достоинство усилій стать въ правильное отношеніе къ матерьялу, различая въ немъ эти вѣковыя наслоенія, составляющія осадокъ совершенно различныхъ по своему духу эпохъ развитія права.

Гдѣ-же скрывалась абстрактная функція стипуляціи, пока позднѣйшее матерьялизирующее стремленіе не достигло своей цѣли въ юстиніановскомъ законодательствѣ? На это отвѣтъ даетъ исторія развитія займа (mutuum) въ ея послѣдующихъ стадіяхъ. Если фор-

---

1) Constit. Tanta § 8.

мальный контрактъ стоитъ вообще въ извѣстномъ противуположеніи съ принципомъ матерьяльныхъ контрактовъ, то наименѣе это противуположеніе даетъ себя чувствовать въ отношеніи къ займу. Мы устранили выше вопросъ объ историческомъ происхожденіи формальнаго контракта изъ фингированнаго займа. Но этимъ мы не хотѣли сказать, что природа обоихъ контрактовъ не способна въ извѣстной степени сближаться. Тамъ именно, гдѣ стипуляція является въ своей, если можно такъ выразиться, наиболѣе ходячей формѣ, т. е. гдѣ предметъ ея составляетъ опредѣленная сумма денегъ, гдѣ она ближе всего къ нашему векселю,[1]) тамъ именно она близко сходится и съ займомъ. Если этотъ матерьяльный контрактъ также станетъ обратно воздѣйствовать на стипуляцію, то они явятся вовсе не въ той степени противуположными, какъ при встрѣчѣ стипуляціи съ другими матерьяльными контрактами. Не тотъ или другой характеръ возьметъ необходимо верхъ, а оба характера, реальный и формальный сольются въ сдѣлкѣ до извѣстной степени нераспознаваемости. Деньги сами по себѣ наименѣе способны индивидуализировать сдѣлку. Классики очень хорошо сознавали это противуположеніе обязательства на денежную сумму и на species. Денежная стипуляція и денежный заемъ даютъ въ результатѣ обѣщаніе суммы. Матерьяльный (реальный) моментъ займа, если сдѣлка облекается въ форму стипуляціи, вовсе не даетъ себя такъ рѣзко чувствовать, какъ въ другихъ контрактахъ. Надо впрочемъ для этого, чтобы заемъ самъ въ извѣстной степени эманципировался отъ своей реальной основы, и этотъ процессъ дѣйствительно замѣчается въ исторіи римскаго права. Сначала mutuum есть только тогда, когда ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat.[2]) Отъ этого пер-

1) Thöl даетъ этой формѣ особое наименованіе Summenversprechen.

2) Pr. I. 3. 14. L. 2 § 2 D. 12. 1. Сальпіусъ коротко проходитъ всѣ дальнѣйшія модификаціи реальнаго момента займа, см. § 51. Мы укажемъ нѣкоторыя подробности.

воначальнаго типа, гдѣ для существа займа необходимъ реальный моментъ именно въ этомъ видѣ,—чтобъ изъ моихъ денегъ стали твои,—идутъ отклоненія въ самыхъ различныхъ направленіяхъ. Мы отмѣтимъ главныя. Во первыхъ, — если и *не мои деньги* даны въ заемъ, то въ извѣстныхъ условіяхъ все-таки будетъ заемъ. [1]) Во вторыхъ, не надо необходимо, чтобъ *деньги* именно составляли предметъ передачи отъ меня тебѣ, и все-таки заемъ возникаетъ. [2]) Въ третьихъ,—*не я буду передавать деньги и не свои*, а укажу заемщику на третье лицо, съ котораго онъ можетъ получить деньги, мнѣ слѣдующія,—и заемъ опять есть. [3]) Достаточно имѣть въ виду эти три ступени отрѣшенія займа отъ его реальной основы, чтобы убѣдиться въ извѣстной степени безразличія того указанія, которое встрѣчается обыкновенно въ заемной стипуляціи, на принятіе денегъ отъ заимодавца. И такъ, если стипуляція формулирована въ слѣдующихъ словахъ:

> L. Lucius scripsi me accepisse et accepi a P. Maevio C, et haec recte dari Kalendis futuris stipulatus est P. Maevius, spopondi ego L. Titius [4])

— то выраженіе et accepi a P. Maevio совсѣмъ не точно обозначаетъ реальный моментъ дачи денегъ, какъ это было въ первоначальной фазѣ развитія займа. [5])

---

1) L. 2, § 4 D. 12 1..... mihi actio adqviritur, licet mei numi non fuerint.

2) Таково ученіе Ульпіана L. 11 pr. D. 12. 1. Старѣйшіе юристы были другаго мнѣнія.

3) L. 15. L. 32 D. 12. 1.

4) L. 40. D. eod.

5) Чтобы убѣдиться въ тѣсномъ соприкосновеніи реальнаго и формальнаго момента достаточно имѣть въ виду два слѣдующихъ текста: L. 7 D. 46. 2 и L. 2. C. 4. 2. Косвенный аргументъ, очень впрочемъ важный для истолкованія указаннаго выше спорнаго мѣста изъ Папиніана, L. 9 pr. D. h. t., можно извлечь еще изъ того, что Папиніанъ въ числѣ контрактовъ не называетъ

Сальпіусъ справедливо заключаетъ, что признаніе scripsi me accepisse вмѣсто прежняго значенія матерьяльной основы обязательства сошло къ той же подчиненной роли, какую играетъ въ векселѣ показаніе валюты.

Вмѣстѣ съ этимъ, общее значеніе, которое имѣла exceptio doli, въ виду съужающагося примѣненія абстрактной стипуляціи (только на деньги, гдѣ и заемъ имѣетъ мѣсто), тоже опредѣлилось тѣснѣе въ видѣ exceptio non numeratae pecuniae. Искъ изъ стипуляціи не ассимилировался иску изъ займа, а на оборотъ, сохранилъ свою свою формальную природу, и если отвѣтчикъ хотѣлъ противупоставить ему возраженіе, основанное на отсутствіи реальнаго момента, то долженъ былъ самъ это доказать.

Но однако, по мѣрѣ того, какъ въ поклассической эпохѣ матерьяльный моментъ бралъ верхъ надъ формальнымъ, значеніе стипуляціи и въ этомъ ограниченномъ примѣненіи все болѣе падало. Очень важный предшествующій шагъ въ этомъ направленіи составляла введенная при Александрѣ Северѣ давность для exceptio non numeratae pecuniae, что повело къ оригинальному явленію протестаціи о не послѣдовавшей дачѣ денегъ. Возможно, что въ основаніи закона лежали цѣли охра-

---

здѣсь мотивомъ, который такъ близко сходится съ природой формальнаго обязательства, и въ этомъ заключалась причина, почему Ульпіанъ не говоритъ о немъ особенно. Рибентропъ иначе объясняетъ это и усматриваетъ въ перечисленіи здѣсь матерьяльныхъ контрактовъ только exempli gratia избранные виды. Приводимъ еще мѣсто изъ Ульпіана, которое къ сожалѣнію мы не отмѣтили въ примѣчаніи 27, на стр. 33, и котораго тоже не имѣютъ въ виду ни Фиттингъ, ни Сальпіусъ, хотя оно прямо относится къ вопросу. Это именно L. 7 § 7 D. 14. 6, гдѣ читаемъ: proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. Sed et si alteruter eorum ignoravit (рѣчь идетъ о SC. Macedonianum, при чемъ кредиторъ не зналъ, что заемщикъ filiusfamilias), in patris esse potestate se, verius dicendum est utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi.—Позже, особенно въ вопросѣ о прекращеніи обязательства, будетъ еще яснѣе сближеніе вербальнаго и реальнаго момента.

ненія правъ вѣрителя, ибо по истеченіи срока его искъ являлся съ характеромъ безспорнаго. Но за то *до истеченія* срока этой давности расширяющееся примѣненіе протестаціи тѣмъ рѣзче поражало всякую формальную силу стипуляціи и совершенно обратно затрудняло и осложняло роль истца въ процессѣ. Въ юстиніановскомъ правѣ, наконецъ, хотя искъ остается все еще искомъ изъ стипуляціи, но основу обязательства составляетъ не verborum solennitas, при чемъ и самыя слова—stipulatus est Maevius, ego spopondi—опускаются,—а numeratio. Достаточно, если должникъ просто отрицаетъ ее,—и на истцѣ ляжетъ вся тяжесть доказательства дѣйствительнаго существованія реальной основы займа. Такъ пропадаетъ всякій слѣдъ формальнаго значенія стипуляціи, и у Юстиніана это не болѣе какъ сосудъ, въ который вводится обязательство любаго матерьяльнаго содержанія. Безъ этой матерьяльной основы формальное обязательство не имѣетъ никакой силы (Сальпіусъ § 50). Принимая терминологію Бэра, вся отрицательно формальная сторона, вся абстрактная сила ея угасла и сохранилась только чисто внѣшняя, положительно формальная ея природа.

Какой смыслъ этихъ превращеній природы формальнаго обязательства, такъ послѣдовательно проходящихъ предъ нашими глазами на пространствѣ цѣлаго тысячелѣтія? Какое значеніе имѣютъ эти историческія явленія съ общей культурной и въ особенности историко-юридической точки зрѣнія? Быть можетъ, въ этихъ широкихъ размѣрахъ поставленный вопросъ, никогда, особенно для изучающаго одну только сторону явленій, не найдетъ своего полнаго, всесторонняго разъясненія. Мы читаемъ въ исторіи стипуляціи съ начала одну изъ тѣхъ страницъ развитія явленій юридическаго міра, на которыхъ ясенъ слѣдъ первоначально слагающагося института, на которомъ отпечатлѣлся весь характеръ только-что побѣжденныхъ противуположеній, только-что успокоившейся борьбы. Право является съ характеромъ односторонней повелительной силы. Спорная территорія только-что размежевана, и

границы видны со всей отчетливостью. Права вѣрителя носятъ на себя всю печать правъ торжествующей стороны. Вопросъ объ обязательствѣ тѣснѣйшимъ образомъ примыкаетъ къ вопросу о собственности. Въ обязательствѣ вѣритель сохраняетъ тотъ аутономическій характеръ, который свойственъ собственнику. На этомъ строѣ обязательства видна вся энергія, съ которой въ эту пору ставятся вопросы права. Это не то охлажденное отношеніе къ защитѣ имущества, которое спокойно выдерживаетъ десятилѣтія спорныхъ состояній. Здѣсь необходимъ тотчасъ слѣдующій отвѣтъ на вопросъ, ясно и твердо поставленный сдѣлкой. Дѣло не въ одномъ только вѣрно разсчитанномъ механизмѣ сдѣлки и процесса. Способность разсчета остается той же, или вѣрнѣе, становится лучшей и болѣе утонченной вмѣстѣ съ временемъ. Отчего же въ исторіи права мы видимъ вымираніе такихъ формъ, которыя вѣрнѣе обеспечивали его осуществленіе, и замѣну ихъ менѣе совершенными? Причина лежитъ глубже, она заключается въ томъ, что право есть выраженіе моральныхъ силъ человѣка, и формы его составляютъ лишь внѣшнюю сторону явленія, въ нихъ только *обнаруживается* или избытокъ или скудость нравственной энергіи общества. Въ какой сферѣ права, въ частной, государственной, мы увидимъ тѣ или другіе признаки,—это не дѣлаетъ разницы: они не могутъ быть одними въ одной сферѣ и иными въ другой Въ исторіи римскихъ обязательствъ, въ позднѣйшей эпохѣ, можно со всей ясностью прослѣдить это постепенное охлажденіе къ вопросу о защитѣ права, уступчивость и мягкость формъ проявленія юридической идеи. Нравственныя силы римскаго общества, очевидно, уходили изъ этой подлинной для римскаго генія области права въ другія сферы, и въ юстиніановской концепціи на правѣ вмѣсто прежняго характера борьбы лежитъ печать спокойнаго догматизма, достигнутыхъ результатовъ. [1])

---

1) Мы подошли такимъ образомъ къ той точкѣ зрѣнія, къ оцѣнкѣ природы юридическихъ явленій съ ихъ внутренней, мораль-

Мы опредѣлили такимъ образомъ понятіе и строеніе контракта verbis, прослѣдили его видоизмѣненія въ различныхъ историческихъ эпохахъ и въ общихъ чертахъ обозначили взаимодѣйствіе стипуляціи и матерьяльныхъ

ной стороны, которою главнымъ образомъ опредѣляется постановка вопросовъ въ этой новой плеядѣ нѣмецкихъ юристовъ, гдѣ лучшія имена принадлежатъ Кирульфу, Шталю, Бэру, Ihering'у. У послѣдняго исторія права не въ идеѣ только, а во всемъ живомъ драматизмѣ дѣйствительно является одной изъ страницъ исторіи культуры человѣчества, однимъ изъ фазисовъ, въ которомъ мы наблюдаемъ дѣятельное состояніе человѣческаго духа. Ihering гораздо глубже, чѣмъ мы можемъ здѣсь слѣдовать за нимъ, слѣдить въ исторіи права за первыми проявленіями юридической идеи, всегда въ формахъ несравнимо болѣе суровыхъ и рѣзкихъ, чѣмъ въ послѣдствіи. Въ этомъ смыслѣ онъ найдетъ богатѣйшую аргументацію въ исторіи всякаго права. Тѣ формы юридическаго быта, которыя мы привыкли относить къ замиренной сферѣ частнаго права, совсѣмъ съ иными чертами появились въ исторіи. Слѣды карательнаго начала остаются долгое время въ римскомъ правѣ на институтахъ позже утратившихъ всякій слѣдъ этого родства съ наказуемыми дѣяніями. Выше мы имѣли случай остановить вниманіе читателя на нѣкоторыхъ чертахъ этого рода. Двѣ небольшія брошюры Ihering'а, знакомыя уже русской публикѣ и выражающія совершенно ярко направленіе мыслей этого писателя, заслуживаютъ того, чтобы кругъ ихъ читателей въ Россіи расширился какъ можно дальше. Это нестолько ученые труды по спеціальнымъ юридическимъ вопросамъ, сколько блестящіе литературные очерки, въ которыхъ однако легко найти программу для задачъ самыхъ серьезныхъ въ научномъ и практическомъ смыслѣ. Господствующій мотивъ одной (Das Schuldmoment im römisch. Privatrecht, Giessen, 1867) составляетъ симпатическая мысль о постоянномъ вымираніи идеи наказанія въ исторіи права. Въ ней чрезвычайно много справедливаго и выдержаннаго въ историческомъ смыслѣ. Но духу автора родственна, повидимому, нестолько эта идиллическая сторона жизни, сколько ея драматизмъ, и поэтому его позднѣйшій очеркъ въ томъ же родѣ (Der Kampf um's Recht, Wien. 1872) нѣсколько заслоняетъ прежнюю брошюру. Когда-то Бэръ напоминалъ друзьямъ спокойнаго догматизма въ правѣ ту простую истину, которой никогда не забываютъ геологи и которая такъ часто вовсе уходитъ изъ головы у современнаго юриста,—это мысль о постоянно длящемся творчествѣ силъ, все равно, физическихъ, моральныхъ, которымъ условливаются жизненные процессы въ области природы или въ области духа (Iahrbüch. f. Dogmat., II B, 2 Heft).

контрактомъ. Намъ остается сказать о тѣхъ *оборотныхъ функціяхъ*, для которыхъ абстрактное обязательство verbis служило средствомъ, и здѣсь, съ характеромъ взаимно объясняющихъ одно другое явленій, мы

Простая идея,—которая однако открываетъ для юриста совершенно иныя сферы наблюденій. чѣмъ тѣ, которыхъ ищетъ догматикъ. Ничто не можетъ въ этомъ отношеніи такъ хорошо воспитать способность наблюдать и слѣдить за развитіемъ этой борьбы, какъ изученіе процессовъ образованія римскихъ юридическихъ (и политическихъ) институтовъ. Тамъ право никогда не являлось въ формѣ готовой догмы. Явленіе совершенно тожественное съ тѣмъ, которое мы и сейчасъ можемъ наблюдать въ англійскомъ правѣ. Въ Римѣ, въ классической литературѣ, этотъ законъ жизни пришелъ къ сознанію руководящихъ юристовъ, и отношеніе, въ которое ставитъ Юлій Павелъ понятіе права и понятіе догмы, есть то подлинное и истинное, которое обнаруживается болѣе или менѣе ясно, въ формѣ положительной или отрицательной (вымираетъ институтъ, ибо никогда не имѣлъ никакой связи съ жизнію и составлялъ только мертвую догму), всегда и вездѣ. Non ex regula, говоритъ юристъ, jus sumatur, sed ex jure, qvod est, regula fiat. (L. I. D. de R. I.).—Нравственная энергія, съ которой лицо, повидимому, относится только къ защитѣ *своего* права, необходимо отражается не на его только имущественной сферѣ (это ближайшій результатъ), а также на свойствахъ института. И вотъ именно эту сторону вопроса, защиту права, какъ общую нравственную обязанность, борьбу за право, какъ признакъ моральной силы людей, Ihering дѣлаетъ въ названной книгѣ предметомъ своего анализа и изображенія. Интересъ вопроса, въ той широкой постановкѣ, которую далъ ему авторъ, независимо отъ сферы, въ которой происходитъ борьба, понятенъ для каждаго. Въ ближайшемъ отношеніи къ вопросу о природѣ обязательства, у Ihering'а, въ виду падающей моральной энергіи воли, снова оживаетъ идея штрафа за невыполненіе договора, въ которой находитъ себѣ удовлетвореніе чувство личности, оскорбляемое легкомысленнымъ отношеніемъ къ обязательству. Любопытно, что тамъ, гдѣ право не есть мертвая догма, а живая моральная сила въ общежитіи, эта идея встрѣчаетъ себѣ и въ наше время самое практическое выраженіе въ законѣ и въ способахъ дѣйствія суда. Въ одномъ изъ послѣднихъ нумеровъ Qvarterly Review (№ 271, January, 1874), въ статьѣ The Despotism of the Future, стр. 188, по поводу вопроса о нарушеніи договора между рабочими и нанимателями, пишущій юристъ говоритъ прямо о карательныхъ послѣдствіяхъ, которыя въ Англіи ведетъ за собою нарушеніе обязательства и приводитъ слова Sir

различимъ делегацію, новацію и корреалитетъ. Оба первыхъ понятія лишь въ последнее время разграничиваются съ полной отчетливостью. До тѣхъ поръ, пока последнюю цѣль изслѣдованія составляла догма юстиніановскаго права, — различіе обоихъ институтовъ не было ясно, и только въ последніе годы, [1]) благодаря исторической постановкѣ вопроса, не только различіе

George Jessel'я: it is a delusion to use the words civil and criminal in this connection (т. е. по отношенію къ различнымъ видамъ нарушенія обязательствъ); it has always been the custom in this country that every civil contract should be enforced by imprisonment in the last resort. Любопытно, что во Франціи, именно во время полнѣйшаго паденія моральныхъ силъ, родилась мысль объ отмѣнѣ по возможности всякихъ непріятныхъ послѣдствій несостоятельности для должника.—Мы обращаемъ здѣсь впрочемъ вниманіе не на карательныя послѣдствія несоблюденія обязательства, а на тѣ институты обязательственнаго права, которыми обезпечиваются права вѣрителя отъ процессуальныхъ опасностей или, бли же, отъ судебнаго произвола. Здѣсь хотя иначе, но несомнѣнно то же обнаруживается или энергія лица въ защитѣ права, которую знало римское право въ лучшую пору своего развитія, или упадокъ этой энергіи, который мы видимъ въ эпохѣ восточнаго цезаризма. Отвлеченное обязательство не есть у Юстиніана вовсе исковое. Необходимо всякій разъ, чтобы судъ самъ разсмотрѣлъ, есть ли въ данномъ случаѣ матерьяльное основаніе обязательности, какъ бы ни была ясно выражена воля должника принять его на себя. Аутономіи частной для этого мало, нужна аппробація судомъ моей способности зрѣло обсудить мой личный интересъ. Это, такъ сказать, презумція общей незрѣлости, которую всякій разъ надо стараться разрушить передъ судомъ. Выигрышъ отъ такой судебной оцѣнки всегда, конечно, на сторонѣ должника.

1) На русскомъ языкѣ мы имѣемъ сочиненіе Бернштейна, о делегаціи, которое сначала и вмѣстѣ съ тѣмъ ранѣе сочиненія Сальпіуса появилось на латинскомъ языкѣ. Далѣе, наиболѣе важные труды принадлежатъ Сальпіусу, котораго мы здѣсь будемъ держаться, Сальковскому и Рёмеру. Подробности смотр. въ любомъ изъ обширныхъ нѣмецкихъ учебниковъ, напримѣръ у Виндшейда подъ соотвѣтствующими рубриками. Критическая оцѣнка (имѣющая, впрочемъ, больше достоинство реферата) въ Krit. Vierteljahrsschr, Band 8, zweites und drittes Heft, Band 9, viertes Heft (болѣе превратнаго и расчитаннаго на чувство досады сужденія о сравнительномъ достоинствѣ обоихъ трудовъ, Сальпіуса и Сальковскаго—нельзя придумать).

самихъ институтовъ, но и различная конструкція ихъ въ разныя эпохи стала совершенно ясной. Понятнымъ образомъ на томъ и другомъ институтѣ должна была въ извѣстной степени отразиться измѣняющая природа самой стипуляціи, и вмѣстѣ съ этимъ оба понятія пережили тѣ же превращенія, какія вообще переживало римское право, т. е. изъ первоначально чисто формальной природы они впослѣдствіи все болѣе и болѣе вырождались, матерьялизируясь и утрачивая такимъ образомъ всѣ черты, которыми опредѣлялась ихъ первоначальная роль. Новація и делегація составляютъ между прочимъ способы прекращенія корреальнаго обязательства и поэтому ихъ долженъ каждый имѣть въ виду, изслѣдуя вопросъ о корреальности. Но независимо отъ этого мы даемъ имъ здѣсь мѣсто впереди анализа корреалитета, потому что, по нашему мнѣнію, самое возникновеніе корреальной стипуляціи именно условлено тѣмъ дѣйствіемъ, которое имѣла новація въ цивильномъ правѣ. Затѣмъ, делегація представляетъ собою такую строго формальную функцію стипуляціи, что одно простое родство явленій способно дать ясность характеру формализма, которымъ главнымъ образомъ мы думаемъ объяснить и изслѣдуемое нами понятіе.

Выше было ясно, что отвлеченное отъ causa обязательство (ближайшимъ образомъ стипуляція [1]) пріобрѣтаетъ въ гражданскомъ оборотѣ достоинство самостоятельнаго имущественнаго объекта, независимо отъ какой либо матерьяльной его пробы. Этотъ характеръ стипуляціи получаетъ свое самое яркое выраженіе тамъ, гдѣ абстрактное обязательство служитъ средствомъ для делегаціи.

Что такое delegatio? Понятіе делегаціи въ болѣе *широкомъ смыслѣ* обнимаетъ всѣ случаи, въ которыхъ дѣйствіе съ юридическимъ характеромъ совершается по

---

1) Сальпіусъ разсматриваетъ и другую форму, контрактъ literis. Мы будемъ дальше говорить только о делегаціи посредствомъ стипуляціи.

приказу (jussu) третьяго лица. Такое дѣйствіе зачисляется принимающему его, какъ дѣйствіе самого приказавшаго, и въ то же время приказавшему, какъ имъ принятое.

Qui mandat solvi, ipse videtur solvere. [1])

Quod jussu alterius solvitur, pro eo est qvasi ipsi solutum esset [2]).

Ближайшимъ образомъ и въ смыслѣ болѣе тѣсномъ понятіе делегаціи есть тогда, когда приказанное дѣйствіе состоитъ въ установленіи обязательства. И такъ: по приказу A (delegans) третье лицо B (delegatus) обѣщаетъ (положимъ verbis) уплатить C (delegatarius) 100 рублей. Въ этомъ примѣрѣ дѣйствіе делегата (B), его promissio, есть чистый абстрактъ, не имѣющій никакого матерьяльнаго опредѣленія. Causa его заключается въ приказѣ делеганта (A); оно происходитъ jussu alterius. Въ основѣ приказа A лежитъ его отношенія къ B и къ C. Классики не имѣютъ техническихъ наименованій для того, чтобъ обозначить то и другое отношеніе. Въ новое время Thöl [3]) употребляетъ для обозначенія отношенія делеганта къ делегатару (A къ C) терминъ Deckungsverhältniss, а для обозначенія отношеній того же делеганта къ делегату (A къ B)—выраженіе Valutaverhältniss. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что въ

---

1) L. 56 D. de solut. 46, 3.

2) L. 180 de R. J. Понятнымъ образомъ мы возможно сжато и приноровляясь къ нашей цѣли излагаемъ здѣсь содержаніе ученія, которое вовсе этимъ не исчерпывается. При этомъ мы позволяемъ себѣ нѣкоторыя видоизмѣненіе въ виду справедливыхъ замѣчаній, сдѣланныхъ Сальпіусу критикой. Кто желалъ бы обнять весь кругъ вопросовъ, связанныхъ съ этимъ явленіемъ, тотъ можетъ легко ознакомиться даже на русскомъ языкѣ съ делегаціей по указанному выше сочиненію Бернштейна.

3) Профессоръ въ Гёттингенѣ, несомнѣнно одинъ изъ авторитетнѣйшихъ юристовъ въ Германіи, котораго тонкій практическій тактъ высоко цѣнится, учитель Ihering'a.

каждомъ данномъ случаѣ приказъ делеганта дѣлается въ виду обоихъ такихъ отношеній. Если бы ихъ не было,—приказъ никогда не произошелъ бы или никогда не имѣлъ бы послѣдствій. [1]) Въ чемъ же заключается содержаніе обоихъ названныхъ отношеній? Какъ матерьяльно опредѣлить, кто такое А въ отношеніи къ С, и тотъ же А въ отношеніи къ В?—А можетъ быть должникомъ С на сто и въ то же время вѣрителемъ В на такіе же сто. Это самый простой случай. Тогда А делегируетъ своего должника (В) своему вѣрителю (С), консумируетъ этимъ свое требованіе и погашаетъ свой долгъ. Но это только одна возможность. Совершенно также возможно, что А делегируетъ своего должника (В) лицу (С), которому онъ (А) хочетъ сдѣлать подарокъ, или которому онъ хочетъ конституировать приданое. Наконецъ возможно, что А приказываетъ своему должнику (В) обѣщать 100 кредита ради. Такимъ образомъ приказъ А могъ быть сдѣланъ въ виду любаго содержанія его отношеній къ С, въ виду бывшаго долга (solvendi causa,—causa praeterita), съ цѣлью дара, кредита (donandi, credendi causa, causa futura).

Совершенно такое же разнообразіе матерьяльнаго содержанія возможно и въ отношеніяхъ А къ В. В также могъ выполнить приказъ, имѣя въ виду уплатить свой долгъ делеганту (А), или желая ему оказать кредитъ, или наконецъ ради дара.

Если бы приказъ делеганта (А) делегату (В) происходилъ только въ виду долговыхъ отношеній, существующихъ между А и С, съ одной, и А и В съ другой стороны, то делегацію легко было бы смѣшать съ новаціей, ибо на мѣсто прежнихъ обязательствъ (А былъ вѣрителемъ В и должникомъ С) становится новое (между С и В) Но дѣло въ томъ, что для делегаціи вовсе не нужны предшествующія именно обязательственныя отношенія. И именно этотъ признакъ, полнѣйшей не-

1) Это опять таже психическая необходимость сдѣлки, о которой говоритъ Бэръ по поводу отвлеченной отъ causa стипуляціи.

зависимости новаго обязательства отъ матерьяльнаго содержанія прежнихъ отношеній, и даетъ ей весь ея специфическій характеръ. Делегатъ (В) не можетъ возразить делегатару (С), что онъ вовсе не былъ долженъ делеганту, и поэтому не хочетъ уплачивать и ему по обязательству. Для делегаціи вовсе не требуется существованіе прежняго обязательства, и если его вовсе не было, то стипуляція все-таки имѣетъ силу. Она составляетъ совершенно самостоятельный имущественный объектъ, посредствомъ котораго совершаются тѣ же операціи, какъ и посредствомъ чистыхъ денегъ.

Смотря по тому, для какой цѣли установлено обязательство между В и С,—оно служитъ для уплаты, для даренія, для кредита совершенно такъ, какъ бы могли служить для этихъ цѣлей деньги. Делегатаръ не можетъ изъ несостоятельности должника (В) сдѣлать позже возраженіе противъ его силы, разрѣшающей прежнее обязательство, или установляющей новое. Онъ принялъ это обязательство въ уплату или дара ради, или ради кредита, и какимъ бы оно впослѣдствіи ни оказалось, уплата, кредитъ, даръ существуетъ независимо отъ этого. Актъ чисто формальный (абстрактное обѣщаніе уплатить) имѣетъ всю силу реальнаго дѣйствія.

Въ этомъ смыслѣ мы имѣемъ цѣлый рядъ совершенно несомнѣнныхъ свидѣтельствъ источниковъ.

Solvit enim et qvi reum delegat (L. 8 § 3 D. 16. 1.). Verbum exactae pecuniae non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem (L. 187 de V. S.).

Qvi debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, qvanta ei debetur. Et ideo si fidejussor debitorem suum delegaverit, qvamvis eum qvi solvendo non erat, confestim mandati agere potest (L. 18. D. 46. 1).

Si non debitorem qvasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum, qvi delegavit, competit. (L. 13. D. 46. 2).

Юлій Павелъ указываетъ и причину явленія: qvia bonum nomen facit creditor, qvi admittit debitorem delegatum (L. 26 § 2 D. 17. 1.).

Полнѣйшая независимость отъ всякихъ матерьяльныхъ моментовъ достигаетъ въ этомъ явленіи можно сказать своего вѣнца, своей высоты, которая поражаетъ насъ тѣмъ болѣе, что дѣйствіе сдѣлки, сила ея, vis ac potestas, является одновременно отрѣшенной съ двухъ сторонъ отъ своихъ естественныхъ соприкосновеній,—отъ матерьяльной основы, по которой она возникла,—отъ матерьяльныхъ послѣдствій, которыя она за собой повлечетъ. В потому обязался заплатить 100, что считалъ себя должникомъ А. Между тѣмъ онъ не былъ долженъ, но сила его обѣщанія (стипуляціи) отъ этого ни малѣйшимъ образомъ не терпитъ. С принялъ обѣщаніе, потому что считалъ В за состоятельнаго человѣка. Оказалось, что у него ничего нѣтъ. Все равно, приданое, которое С принялъ въ этомъ видѣ, есть настоящее приданое, qvia bonum nomen facit creditor qvi admittit debitorem delegatum. Всѣ возможные болѣзненные элементы (vitia) сдѣлки выдѣлены, чтобъ сохранить за ней силу юридически, формально рѣшающаго акта, независимо отъ всякихъ возможныхъ соображеній матерьяльнаго характера. Здѣсь, можно сказать, абсолютизмъ воли достигаетъ своего послѣдняго предѣла. Судья обязанъ безусловно выполнить то, что есть въ сдѣлкѣ, [1]) и только это. Въ кругъ его юрисдикціи не входитъ обсужденіе моихъ намѣреній, опредѣленіе ихъ свойства, ихъ квалификація,—и также, съ другой стороны, годности дѣйствія для извѣстной цѣли. Почему я дѣйствовалъ такъ, какой результатъ отсюда получится,—для этого достаточно *моей* способности судить и рѣшать. Институты цивильной

1) Въ сдѣлкѣ скрыта тоже формальная сила какъ въ judicat'ѣ ср. L. 11 D. 44. 1. L. 6 D. 44. 2.

системы разсчитаны на мърку бодраго и трезваго характера. Jus civile vigilantibus scriptum est [1]).

Чтобъ оцѣнить выгоды этой отвлеченной постановки сдѣлки, надо возвратиться къ понятіямъ, которыя были разъяснены выше. Здѣсь законъ юридической экономіи выражается еще очевиднѣе, ибо одна сдѣлка, одно слово разрѣшаетъ и создаетъ одновременно нѣсколько другихъ сдѣлокъ или отношеній.

Былъ ли однако этимъ формальнымъ закаломъ института прегражденъ путь къ раскрытію матерьяльной истины? Совсѣмъ нѣтъ. Намъ пришлось бы здѣсь опять повторить то, что мы говорили выше по поводу простой стипуляціи. Всѣ встрѣчныя притязанія должны были отыскивать себѣ особый путь, не условливая этимъ вовсе формальной силы уже состоявшагося акта (ср. выше L. 13 D. 46. 2).

Здѣсь, въ этомъ чистомъ видѣ, делегацію нельзя смѣшать съ новаціей. Это на квитъ идущая операція. Это тоже, что уплата чистыми деньгами.

Есть ли, далѣе, этотъ способъ делегировать единственный возможный въ римской практикѣ? Нѣтъ, делегація можетъ произойти tuo periculo, т. е. я, делегатаръ, могу принять обѣщаніе делегата на страхъ делеганта. [2])

Наконецъ, делегація является кромѣ этой *простой* формы, еще въ иномъ видѣ. Сальпіусъ отличаетъ ее отъ первой названіемъ *титулированной*.

Понятіе титулированной делегаціи мы имѣемъ тогда, когда стипуляція между делегатомъ (B) и делегатаромъ (C) идетъ не прямо на сумму, не отвлеченно опредѣляется, а относительно. При этомъ такое опредѣленіе свое она можетъ получить или изъ отношеній между A и C (Deckungsverhältniss). или изъ отношеній между A и B (Valutaverhältniss). C стипулируетъ отъ B въ такой формѣ: Qvod mihi Sejus (A) debet,—dare

---

1) Слова Сцеволы L. 24 in fine D. 42. 8.
2) L. 45 § 7 D. 17. 1.

spondes? [1]) Точно также относительно будетъ формулирована стипуляція если, обращаясь къ В, С спроситъ: Qvod Sejo (A) debes,—mihi dare spondes?—Въ этихъ случаяхъ делегація дастъ въ результатѣ не отвлеченное обязательство, а связанное съ прежнимъ, условленное имъ, зависящее отъ него. Въ первомъ случаѣ происходитъ перемѣна должника: вѣритель (С) будетъ имѣть вмѣсто прежняго должника (А) новаго (В). Это римское понятіе expromissio, могущее имѣть мѣсто и тамъ, гдѣ не было приказа. Во второмъ случаѣ происходитъ перемѣна вѣрителя: то, что должникъ обязанъ былъ заплатить вѣрителю А, онъ теперь обѣщаетъ уплатить другому вѣрителю С. Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ настоящую титулированную делегацію, ибо здѣсь необходимъ приказъ. Достигается или совершается такая сдѣлка посредствомъ стипуляціи или litis contestatio.

Если новая сдѣлка поставлена въ такую связь съ прежнимъ обязательствомъ, то понятно, что должникъ можетъ новому вѣрителю противупоставить тѣ возраженія, которыя имѣли мѣсто при прежнемъ отношеніи, ибо онъ новому обѣщалъ только то, что былъ долженъ старому, или только то, что былъ долженъ старый. Въ этомъ именно и заключается начало преемства, которое сближаетъ это явленіе съ явленіемъ новаціи при перемѣнѣ лицъ.

И такъ новый вѣритель принялъ обѣщаніе не прямо на сто, а на то что должникъ обязанъ былъ заплатить прежнему вѣрителю. Но, съ другой стороны, если онъ принялъ этотъ долгъ въ замѣнъ требованія съ делеганта, то это требованіе погасло какъ при чистой делегаціи.

Стало быть, въ каждомъ данномъ случаѣ, когда есть два обязательства, въ виду которыхъ совершается титулированная делегація, одно изъ нихъ прекратится по началамъ преемства, новаціи съ перемѣной лицъ, а другое по началамъ чистой делегаціи. Какое изъ двухъ

---

1) L. 75 § 6 de V. O.

прежнихъ обязательствъ подчинится тому и какое другому дѣйствію—это зависитъ отъ строенія новой стипуляціи. Въ первомъ изъ указанныхъ выше примѣровъ (Qvod mihi Sejus (A) debet, dare spondes), новая стипуляція новируетъ прежній долгъ A (перемѣна должника, expromissio), и по началу чистой делегаціи погашаетъ долгъ делеганта (B) делегату (A). Во второмъ примѣрѣ (Qvod Sejo (A) debes, dare spondes) долгъ делегата (B) новированъ, а долгъ делеганта (A) погашенъ по началамъ чистой делегаціи (т. е. прямо уплатой).

Вотъ тѣ простѣйшія начала ученія о делегаціи, гдѣ стипуляція выполняетъ свою формальную функцію или въ формѣ абстрактной или въ формѣ относительной, которыя составляютъ результатъ новыхъ историческихъ изысканій. Наиболѣе характерной является, конечно, чистая делегація. Именно это понятіе было долгое время скрыто отъ вниманія современной науки, и другой, болѣе ясной причины недоразумѣнія, какъ та, на которую мы указывали выше, нельзя найти. Явленіе перестало быть понятнымъ даже въ позднѣйшую эпоху развитія римскаго права. Вмѣстѣ съ паденіемъ абстрактной силы стипуляціи оно утратило практическое значеніе уже въ кодификаціи Юстиніана. Тѣмъ болѣе чуждымъ оно должно было стать для современнаго сознанія, въ которомъ обязательство само по себѣ, независимо отъ его матерьяльнаго результата, не имѣетъ (въ общемъ правѣ) вовсе силы реальнаго совершенія. Принципъ современнаго германскаго права есть прямо противуположный этому старому римскому принципу. Anweisung ist keine Zahlung. Характеръ уплаты делегація получаетъ не потому, что bonum nomen facit creditor, qvi admittit debitorem delegatum. Вопросъ этимъ еще вовсе не разрѣшенъ. Актъ воли подлежитъ повѣркѣ тѣми результатами, къ которымъ онъ приведетъ. Если результаты не будутъ подходящіе,—то и самый актъ ничего не значитъ. Способность лица судить и рѣшать безапелляціонно совсѣмъ не та, какою она была нѣкогда, въ римскомъ правѣ. Сдѣлки вовсе не имѣетъ рѣшительной силы judicat'a. Судъ иначе относит-

ся къ актамъ воли. Онъ всегда есть выше стоящій. Въ немъ есть тотъ элементъ вниманія, заботы, руководства, опеки надъ частными интересами, которой были совершенно чужды формы старой римской юридической практики, и съ тѣмъ, что мы называемъ состязательнымъ принципомъ процесса, мы вовсе еще не достигли того аутономическаго характера гражданскаго оборота, который составлялъ основную черту системы римскаго формализма въ лучшую, конечно, пору его развитія [1]).

Намъ остается сказать нѣсколько словъ о новаціи, въ которой съ особой яркостью выражается еще одна черта формализма, тоже въ высшей степени существенная для уразумѣнія условій, въ которыхъ развилось корреальное обязательство. Мы, абстрактнымъ образомъ опредѣляя эту черту, выразили бы ее такъ. Въ квиритской системѣ нѣтъ актовъ, которые имѣютъ значеніе только попытки, только пробы, которая въ случаѣ неудачи можетъ быть повторена еще разъ. Всякое средство для цѣли есть единственное и окончательное, первое и послѣднее. Въ этой чертѣ получаетъ себѣ новое объясненіе то odium, съ которымъ относились во времена Гая къ прежнимъ исковымъ формамъ, и тотъ timor, то

1) Источники даютъ намъ возможность прослѣдить за постепенно измѣняющимся отношеніемъ позднѣйшаго сознанія къ этому духу стараго права. Гай говоритъ, что тѣ способы дѣйствія (legis actiones), въ которыхъ требовалась величайшая бдительность (qvi minimum errasset,—litem perderet; такой-же характеръ имѣютъ нѣкоторыя формы англійскаго процесса), мало по малу in odium venerunt. Гай IV, § 30. Позже Ульпіанъ объ одномъ изъ элементовъ стараго формализма свидѣтельствуетъ, что онъ внушалъ страхъ людямъ (timor novationis); впрочемъ юристъ успокоиваетъ на этотъ счетъ, ибо въ его время дѣйствіе новаціи было уже совсѣмъ иное, чѣмъ прежде: frustra timetur novatio L. 2 pr. D. h. t. Еще позже у Юстиніана нѣтъ уже злобы, пропалъ и страхъ передъ обрядностью и силой старыхъ актовъ, и въ замѣнъ всего мы слышимъ одинъ самодовольный смѣхъ надъ старой subtilitas, надъ этими rhapismata injuriosa и circumductiones inextricabiles, которыя соблюдались педантически въ старой практикѣ. Передовые люди (Цицеронъ) смѣялись и прежде надъ кантаторами формулъ.

опасеніе, которое внушало людямъ, по свидѣтельству Ульпіана, именно и воособенности novatio. Какъ этимъ способомъ, этимъ единствомъ пути для достиженія цѣли, легко и послѣдовательно предупреждалось повтореніе споровъ по тому же вопросу, непрерывность спорныхъ состояній (ne bis in idem)—это легко представить себѣ. Насилія формъ, абсолютизмъ ихъ существовалъ, конечно, не для нихъ самихъ, а для цѣлей обеспеченія права, и только средства эти были такого рода, что иное время скорѣе помирится съ любой болѣзнью, съ всеобщей неувѣренностью въ правѣ, съ безправіемъ, чѣмъ съ этими рѣзкими, рѣжущими [1]) формами, съ этими юридическими heroica.

И такъ въ чемъ заключалась novatio? Сальпіусъ, въ указанномъ сочиненіи, различаетъ двѣ эпохи въ ея исторіи. Границу между той и другой составляетъ время отъ Гая до Папиніана и его школы, болѣе опредѣленно—до Ульпіана. [2])

Для насъ пока особенную важность имѣетъ первоначальная эпоха въ исторіи новаціи, и мы на ней остановимся главнымъ образомъ, отмѣчая только отрицательные признаки позднѣйшаго развитія.

Понятіе новаціи по Ульпіану есть:

> Prioris debiti in aliam obligationem..... transfusio atqve translatio..... [3])

Существо акта вовсе не предполагаетъ необходимо перемѣны въ лицѣ вѣрителя или должника. Это прежде всего кладетъ границу между понятіемъ новаціи и де-

---

1) Не можемъ при этомъ не припомнить словъ Теодора Моммсена, которыми онъ характеризуетъ римскія учрежденія. Если, говоритъ онъ, въ эту пору давались людямъ ножи въ руки, то эти ножи были острыми.

2) Предшествующая литература предмета особенно внимательно (иногда придирчиво, въ разныхъ мѣстахъ) у Сальковскаго, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht, 1866.

3) L. 1 pr. D. 46. 2.

легаціи. Что новаго можетъ и должна заключать въ себѣ obligatio posterior,—объ этомъ мы скажемъ позже. Теперь станемъ на ту точку зрѣнія, которую открываетъ Гай [1]) на новацію, и которую Сальпіусъ принимаетъ за исходную для своего изслѣдованія.

У Гая novatio составляетъ способъ прекращенія обязательства (modus tollendi obligationem). Какъ всѣ акты цивильнаго права, она дѣйствуетъ съ абсолютной силой, уничтожаетъ обязательство ipso jure (а не ope exceptionis). Средство для того, чтобъ произвести новацію, составляетъ стипуляція (contractus literis, expensilatio не имѣетъ здѣсь приложенія).

Условія, при которыхъ новирующая стипуляція имѣетъ это дѣйствіе, суть слѣдующія:

1. Прежде всего для этого необходима стипуляція дѣйствительная, но исключительно въ формальномъ смыслѣ. Нѣтъ никакой надобности, чтобъ новирующая стипуляція была stipulatio utilis. Она можетъ оказаться тотчасъ вслѣдъ за своимъ возникновеніемъ вполнѣ безсильной, но дѣйствіе свое, прекращеніе прежняго обязательства, она всё-таки совершила [2]).

> Servius Sulpicius existimavit, statim et pendente conditione novationem fieri, et si defecerit conditio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire [3]).

Позже это стало иначе, но и при этомъ всё-таки достаточно было, чтобъ новая стипуляція была utilis только въ формальномъ, а не матерьяльномъ смыслѣ.

2. Другое условіе новирующаго дѣйствія стипуляціи заключается въ томъ, чтобы объектъ ея былъ совершенно тожественнымъ съ объектомъ прежней стипуляціи. Это тожество въ старѣйшихъ формахъ должно быть

---

1) Гай, III, 168—181, II, 38, 39.

2) Извѣстно, что такого рода формальное вліяніе оказываетъ и тестаментъ—позднѣйшій въ отношеніи къ болѣе раннему.

3) Гай, III, 179 in fine.

ясно распознаваемымъ, прямо выраженнымъ въ словѣ; но однако никогда не требуется вводить въ новую стипуляцію все содержаніе прежняго обязательства. Наиболѣе типическую форму для выраженія этого тожества представляетъ относительное мѣстоименіе (qvod) или съ характеромъ неопредѣленности (qvidqvid).

Qvod ex causa condictionis dare facere oportet.

Qvod ex testamento mihi debes.

Qvidqvid ex vendito dare facere oportet.

Qvod Titio debes, dare spondes [1]).

Вотъ два существенныхъ условія (о третьемъ позже) при которыхъ новирующая стипуляція получаетъ силу.—Въ чемъ-же заключается ея дѣйствіе? Это наиболѣе любопытная сторона вопроса.

Новая стипуляція уничтожаетъ въ старомъ правѣ прежнее обязательство вовсе не по началамъ платежа (datio in solutum); ея освобождающее дѣйствіе совершенно не зависитъ отъ ея обязывающей силы. Она составляетъ либерирующій, а не обязывающій актъ. Satisfactio не есть вовсе необходимое условіе для того, чтобъ прежнее обязательство исчезло. Въ этомъ выражается опять то чисто внѣшнее отношеніе, въ которомъ власть суда находилась въ эту пору къ содержанію сдѣлки. Судъ разсматриваетъ одну формальную сторону вопроса. Все остальное составляетъ предшествующую

---

1) Такихъ примѣровъ можно привести массу изъ источниковъ. Римляне любили воособенности проводить стипуляціи на interesse, неопредѣленныя, по возможности къ опредѣленной денежной суммѣ, чтобъ меньше подвергать себя опасности неправильной оцѣнки интереса судомъ. Такое обѣщаніе суммы поглощало совершенно прежнее обязательство. In ejusmodi stipulationibus, говоритъ Венулей, qvae, qvanti res est, promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, qvoniam plerumqve difficilis probatio est, qvanti cujusqve intersit, et ad exiguam summam deducitur. L. 11 D. 46. 5.

заботу каутелярной юриспруденціи [1]), умѣвшей съ помощью немногихъ формъ удовлетворять всѣмъ потребностямъ гражданскаго оборота.

Вотъ какимъ образомъ въ отдѣльныхъ моментахъ развивается понятіе объ новаціи, какъ способѣ прекращенія обязательства въ цивильной системѣ. Это выраженіе опять той-же черты стараго права,—что двухъ средствъ не нужно для достиженія одной цѣли, достаточно одного; а какое это средство—объ этомъ всего лучше судятъ тѣ, которые къ нему обращаются. Первое и необходимое дѣйствіе новаціи есть, стало быть, консумція прежняго обязательства. Другое, возможное послѣдствіе ея, есть satisfactio.

Размѣръ дѣйствія новаціи опредѣляется въ это время той формой (относительной), которая есть необхомая. Если нѣсколько обязательствъ должно быть погашено посредствомъ новаціи, то образцомъ для такого акта можетъ служить извѣстная Аквиліева формула (stipulatio Aqviliana), которую цѣликомъ, со всѣмъ ея стариннымъ характеромъ, [2]) сохранилъ Флорентинъ:

Qvidqvid te mihi ex qvacunqve causa dare facere oportet, oportebit, praesens in diemve,

---

1) Извѣстно, что отношеніе количества судей къ числу юристовъ въ Римѣ было очень неблагопріятное для первыхъ. Точно также теперь въ Англіи мало органовъ суда и много юристовъ. Есть цѣлые классы людей, неимѣющихъ никакого служебнаго положенія и играющихъ самую видную роль въ задачахъ охраненія права. Такіе люди достигаютъ часто очень высокаго значенія въ юридическомъ мірѣ, и Warren (The popular and practical introduction to law studies) сравниваетъ одного изъ своихъ conveyancers даже не съ Папиніаномъ, а прямо съ Ньютономъ. Иное количественное отношеніе, обратное, много судебныхъ мѣстъ и мало юристовъ, составляетъ остатокъ стараго порядка вещей, при чемъ и принципъ несмѣняемости тоже легко пріобрѣтаетъ старинный характеръ: мѣсто закрѣпляется за лицомъ. Послѣдствія могутъ быть неожиданныя. Нѣкоторыя данныя изъ названной книги выбралъ Gundermann, въ небольшой книжкѣ: Richteramt und Advokatur in England mit Vergleichung continentaler Zustände, München, 1870 г.

2) Быть можетъ съ нѣкоторыми добавками.

qvarumqve rerum mihi tecum actio, qvaeqve adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve, qvod ve tu meum habes, tenes, possides, qvanti qvaeqve earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius [1]).

Мы выше оставили безъ вниманія еще одно условіе, которое считается необходимымъ для того, чтобъ произошелъ эффектъ новаціи. Оно состоитъ въ томъ, что новирующая стипуляція должна заключать въ себѣ aliqvid novi, для того чтобъ произвести свое дѣйствіе. Это требованіе выражено источниками неоднократно и въ отрицательной и въ положительной формѣ. Прежде всего на это требованіе указываетъ Гай:

Sed si eadem persona sit a qva postea stipuler, ita demum novatio fit, si qvid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio, vel sponsor aut dies adjiciatur vel detrahatur [2]).

Тоже самое выражаетъ Помпоній, говоря: Qvi bis idem promittit, ipso jure amplius qvam semel non tenetur [3]).

Что, однако, означаетъ это требованіе чего либо новаго въ послѣдующей стипуляціи? Когда это условіе есть на лицо и когда его нѣтъ? Гай, въ выписанномъ текстѣ, очевидно не исчерпываетъ всѣхъ случаевъ, когда стипуляція заключаетъ въ себѣ нѣчто новое, и приводитъ только нѣкоторые въ видѣ примѣра. Помпоній выражаетъ слишкомъ абстрактно свою мысль, чтобъ мы могли извлечь изъ нея какое либо опредѣленное содержаніе для нашего вопроса. За то у Юстиніана, въ из-

1) L. 18 § 1 D. 46. 4.
2) Гай, III, 177.
3) L. 18 D. 45. 1.

вѣстной по своей трудности L. ult. Cod. de novationibus 8. 42., мы находимъ рядъ случаевъ, отчасти тожественныхъ съ перечисленными у Гая, отчасти дополняющихъ это перечисленіе, въ которыхъ старые юристы принимали новацію. Въ ряду этихъ случаевъ есть одинъ, очень различно толкуемый, который Юстиніанъ обозначаетъ такъ: vel cautionem juniorem acceperit. Для насъ во многихъ отношеніяхъ важно правильно уразумѣть смыслъ этого выраженія. Здѣсь, по нашему мнѣнію, заключается ограниченіе слишкомъ обще выраженнаго правила Помпонія и вмѣстѣ съ тѣмъ отвѣтъ на вопросъ: будетъ или не будетъ имѣть мѣсто новація, если между тѣми-же лицами, о томъ-же, и опять въ формѣ абстрактной стипуляціи состоится новая стипуляція? Мы отвѣчаемъ—новація и при этихъ условіяхъ будетъ имѣть мѣсто, ибо ею опредѣлится новое datum обязательства, а это, какъ мы увидимъ позже, обстоятельство въ высшей степени важное.

И такъ, хотя новая стипуляція составляетъ лишь буквальное повтореніе старой, новація можетъ имѣть мѣсто въ виду того, что cautio становится вслѣдствіе этого младшею, послѣдующею, позднѣйшею (junior, posterior, seqvens). Мы не имѣемъ надобности разсматривать здѣсь различныя возможныя послѣдствія измѣненія даты акта, напр. для дѣйствія exceptio non numeratae pecuniae, для purgatio morae, но констатировать это явленіе въ системѣ формализма мы считаемъ необходимымъ для нашихъ дальнѣйшихъ изысканій.

Сальпіусъ совершенно иначе объясняетъ разсматриваемое нами свидѣтельство Юстиніана, и мы думаемъ, что въ этомъ случаѣ почтенный ученый не совершенно вѣренъ самому себѣ. Подлежащій текстъ закона заключаетъ въ себѣ перечисленіе случаевъ, въ которыхъ veteres jurisconsulti презумировали намѣреніе лицъ новировать обязательство. Всѣ эти случаи взяты изъ старой практики, гдѣ они имѣли значеніе не презумцій только, а формально дѣйствующихъ способовъ новировать. Юстиніанъ говоритъ:

> Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes sancimus, si qvis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel qvantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem juniorem acceperit, vel aliqvid fecerit, ex qvo veteris juris conditores introducebant novationes...

Сальпіусъ непремѣнно хочетъ, чтобъ здѣсь cautio означала позднѣйшую, въ письменную форму облеченную, матерьяльную стипуляцію (стр. 261); между тѣмъ доказать это нѣтъ никакой возможности. Volumina nocentia, veteris juris conditores, veteris juris ambiguitates не могутъ быть относимы ко времени, не задолго предшествующему Юстиніану, хотя справедливо, что онъ употребляетъ часто названіе veteres jurisconsulti о ближайшихъ къ его времени практикахъ, но не въ этой связи и не въ этой совокупности признаковъ старой юриспруденціи.

Непослѣдовательность Сальпіуса заключается, по нашему мнѣнію, въ томъ, что онъ принимаетъ новирующее (въ смыслѣ консумціи, а не сатисфакціи) дѣйствіе litis contestatio, не находя при этомъ, чтобъ тутъ для новаціи было необходимо aliqvid novi въ смыслѣ Гая и Помпонія.

Даже больше, Сальпіусъ объясняетъ самое возникновеніе практики съ новаціей для цѣлей консумціи прямо изъ процесса и въ этомъ существенно расходится съ господствующимъ ученіемъ, согласно которому ходъ развитія былъ обратный. Мы совершенно раздѣляемъ въ этомъ отношеніи его образъ мыслей. Новація есть внѣпроцессуальная консумція, а не процессуальная консумція есть novatio necessaria (§ 25). Но въ такомъ случаѣ послѣдовательно мы должны принять новацію и тогда, когда для понятія aliqvid novi достаточно одного только формальнаго измѣненія акта, въ

чемъ бы оно ни заключалось, хотя только въ томъ, что cautio станетъ junior.

Расчлененіе консумціоннаго и сатисфакціоннаго дѣйствія новаціи въ старомъ правѣ даетъ очень важные практическіе результаты для вопросовъ самыхъ трудныхъ и спутанныхъ въ римскомъ правѣ. И такъ, если дѣйствіе новаціи можетъ быть только консумирующимъ *въ формальномъ смыслѣ,* безъ того, чтобъ мѣсто прежняго обязательства заступало новое, въ матерьяльномъ смыслѣ дѣйствительное, то отъ прежняго обязательства должно оставаться извѣстное residuum, obligatio naturalis, и вслѣдствіе этого залоги, которыми обеспечивалось осуществленіе стараго обязательства, остаются въ силѣ, не смотря на формальную консумцію.

Прямое указаніе на это даетъ L. 13 § 1 D. 16. 1, гдѣ читаемъ:

> De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, quum qvasi Serviana, qvae et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, qvia verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.

Все значеніе этого результата различенія обоихъ понятій мы будемъ имѣть случай вполнѣ оцѣнить лишь впослѣдствіи.

Въ какомъ-же видѣ представляется дальнѣйшее развитіе новаціи, въ ту пору, когда основная черта стараго права, это непремѣнное единство и исключительность опредѣленнаго юридическаго средства для извѣстной юридической цѣли, уступила мѣсто другимъ явленіямъ, двойственности, многообразію путей, которыми можно было достигнуть того-же или почти того-же результата? Въ какомъ видѣ является новація тамъ, гдѣ вовсе не формальные элементы суть опредѣляющіе въ правѣ, гдѣ, напротивъ, на формы, на ихъ недостатокъ, на ихъ неполноту смотрятъ сквозь пальцы, conniventibus oculis, по выраженію Ульпіана [1]), гдѣ судья, дол-

1) L. 4 § 1 D. 40. 1.

женъ имѣть въ виду potius substantiam, qvam opinionem, [1]) гдѣ матерьяльная, а не формальная истина есть рѣшающая, [2]) гдѣ короче, выражаясь словами Юстиніана, цѣль институтовъ въ томъ, чтобъ latitudo voluntatis contrahentium не стѣснялась propter nimiam subtilitatem verborum [3])?

Поставляя въ этомъ распространенномъ видѣ вопросъ, включая въ немъ и всѣ элементы отвѣта, мы конечно тѣмъ короче хотимъ покончить съ нимъ въ дальнѣйшемъ. Намъ нельзя здѣсь, не теряя изъ виду главнаго предмета изысканія, слишкомъ пристально вглядываться въ эти второстепенной для насъ важности позднѣйшія модификаціи института.

О делегаціи мы сказали ужс выше. Она такъ затерялась у Юстиніана, что теперешніе нѣмецкіе ученые едва могли розыскать слѣды ея послѣ того, какъ теорія стипуляціи была окончательно разъяснена съ помощью Гая.

Полный переворотъ въ ученіи о новаціи происходитъ въ эпоху позднѣйшаго классицизма, и главнымъ дѣятелемъ его можно почитать Ульпіана.

Здѣсь прежде всего мы отмѣчаемъ основную черту новаго права (см. выше)—безпрерывную возможность кумуляціи юридическихъ средствъ для одной цѣли. И такъ, изъ того, что обязательство новировано,—вовсе не слѣдуетъ, чтобъ оно исчезло, чтобъ оно было консумировано и не могло существовать рядомъ съ прежнимъ, акцессорно. Это не есть вовсе въ цивильномъ смыслѣ, какъ у Гая, modus tollendi obligationem [4]). Для того, чтобъ была въ данномъ случаѣ новирующая стипуляція, необходимо присутствіе не формальныхъ только реквизитовъ, а сверхъ того нуженъ animus novandi. Въ

---

1) L. 5 4 D. 46. 3 L. 2 § 2 D. 41. 4.

2) Plus valet qvod in veritate est, qvam qvod in opinione § 11 I. 2. 20.

3) L. 1 in fine C. 4. 11.

4) Хотя, какъ извѣстно, въ соотвѣтствующемъ приведенному выше тексту Гая, въ легальныхъ институціяхъ мы находимъ мно-

этомъ новомъ видѣ институтъ оказываетъ вліяніе на прежніе случаи новаціи, и позднѣйшая юриспруденція видитъ въ нихъ основанія лишь для того, чтобъ предполагать, *презумировать* намѣреніе сторонъ новировать обязательство. Они сходятъ на степень презумцій, теряя такимъ образомъ свой прежній абсолютный характеръ.

Существеннѣйшее отличіе новаціи позднѣйшаго образованія относительно ея *дѣйствія* состоитъ въ томъ, что она не уничтожаетъ старое обязательство, а принимаетъ его въ себя (абсорбируетъ).

У Юстиніана новація имѣетъ мѣсто только тогда, когда стороны именно хотятъ новировать обязательство и всѣ *легальныя презумціи намѣренія* новировать отмѣняются. Это и составляетъ смыслъ очень спорной конституціи, которую находимъ въ L. ult. Cod. de novationibus. 8. 42: et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum.

Вмѣстѣ съ этимъ область примѣненія новаціи крайне съуживается. Для случаевъ, гдѣ она происходитъ между тѣми же лицами, ея значеніе сводится къ простому признанію. Либерирующее дѣйствіе, съ характеромъ платежа, наступаетъ лишь тогда, когда новое обязательство есть матерьяльно дѣйствительное.

Для случаевъ съ перемѣной лицъ, именно вѣрителей,—ее вытѣсняетъ все далѣе развивающійся институтъ цессіи.

Новація съ перемѣной должника въ новыхъ условіяхъ освобождала прежняго должника только тогда, когда этого именно хотѣлъ вѣритель, иначе новое обязательство акцессорно присоединялось къ старому. Во всякомъ случаѣ новый должникъ могъ воспользоваться тѣми же возраженіями, которыя можно было противу-

---

го тожественнаго § 3 L. 3. 29. Объ animus novandi Гай впрочемъ ничего не знаетъ (ср. III § 176—179 и Салпіуса § 32). Мы будемъ имѣть случай не разъ убѣдиться, что Юстиніанъ въ своемъ руководствѣ часто изображаетъ институты не въ томъ именно видѣ, который они имѣли въ современной ему практикѣ.

поставить прежнему требованію. Признанія прежняго долга она не заключаетъ въ себѣ.

Вотъ всѣ тѣ результаты изученія природы стипуляціи и ея функцій, исторической и оборотной, которые намъ необходимо было сопоставить, чтобъ открыть себѣ путь къ объясненію первоначальной и основной формы, въ которой возникло корреальное обязательство. Съ помощью сдѣланнаго нами здѣсь очерка мы гораздо скорѣе и легче придемъ къ анализу сложнаго явленія, чѣмъ взявшись прямо за него, какъ это дѣлали предшествующіе изслѣдователи. Независимо отъ этого, отмѣченныя нами главнѣйшія историческія видоизмѣненія природы стипуляціи сдѣлаютъ для насъ понятными не только первоначальную форму корреалитета, но и тѣ перемѣны, которыя испыталъ корреалитетъ позже, и наконецъ исчезновеніе пассивно-корреальныхъ обязательствъ вовсе въ системѣ юстиніановскаго законодательства.

ГЛАВА II.

УЧЕНІЕ О КОРРЕАЛЬНОЙ СТИПУЛЯЦІИ ВЪ СИСТЕМѢ ФОРМАЛИЗМА.

Все что мы излагали до сихъ поръ въ аналитическомъ порядкѣ, *всѣ черты формализма*, выражающіяся болѣе или менѣе ярко въ томъ или другомъ живомъ институтѣ цивильнаго права, представляютъ собою элементы, изъ которыхъ образовалось и то сложное юридическое отношеніе, которое мы наблюдаемъ въ корреальной стипуляціи. Только въ виду всѣхъ этихъ тоновъ картины формализма, jus solenne въ противуположность съ jus praetorium [1]), корреалитетъ способенъ получить свое правильное освѣщеніе во всѣхъ историческихъ фазахъ развитія юридическаго отношенія, возникновеніе, длительность и прекращеніе.

1) L. 2 7 D. 50. 17.

Сводя къ краткимъ результатамъ предшествующій анализъ, мы получаемъ слѣдующія главныя черты, безъ совпаденія которыхъ никогда само собой, естественнымъ образомъ, не могло бы возникнуть то сочетаніе обязательствъ, которое представляетъ собою корреальная стипуляція:

1) рѣшающее значеніе слова въ сдѣлкѣ, verborum solennitas, при чемъ съ формальной точки зрѣнія совершенно понятна необходимость непосредственнаго участія вступающихъ въ обязательство лицъ въ совершеніи договора;

2) характеръ односторонности притязаній, со ставляющій главную черту сдѣлокъ и процесса, при чемъ всѣ встрѣчныя притязанія должны быть выдѣлены и самостоятельно поставлены;

3) абстрактный характеръ сдѣлокъ, отрѣшенность, независимость силы сдѣлки, ея дѣйствія, отъ матерьяльной ея основы (causa);

4) формальная консумція прежняго обязательства (prior obligatio) послѣдующимъ (obligatio posterior), хотя бы стороны не имѣли намѣренія именно произвести новацію (animus novandi);

5) способность одного обязательства прекращать vi solutionis другое или другія независимо отъ различія матерьяльныхъ основаній прежнихъ обязательствъ и отъ матерьяльныхъ послѣдствій новаго (какъ въ чистой делегаціи).

Всѣ эти знакомыя намъ изъ живыхъ институтовъ цивильнаго права черты повторяются и въ корреальномъ обязательствѣ. Мы не ищемъ вовсе аналогіи одного явленія съ другимъ, мы принимаемъ во вниманіе только тѣ общіе элементы формализма, которые выражаются въ практикѣ въ томъ или другомъ живомъ образованіи. Мы не хотимъ сказать, чтобъ одно явленіе было причиной другаго, а наоборотъ, мы хотимъ сказать, что всѣ они имѣютъ одну общую причину. Поэтому не одно только объясняетъ собою другое, а всѣ взаимно объясняютъ другъ друга.

За симъ, въ нашемъ предшествующемъ изложеніи мы старались сдѣлать понятнымъ, что явленіе стипуляціи, все равно простой (которую одну мы имѣли до сихъ поръ въ виду) или корреальной, не есть соподчиненное съ другими контрактами, что это есть долгое время общая форма исковаго обязательства, и что, стало быть, операціи, для которыхъ она служитъ, имѣютъ интересъ общій для множества сдѣлокъ, облекаемыхъ въ эту форму.

I Какъ установляется корреальное обязательство посредствомъ стипуляцій?

Источники даютъ намъ прямой отвѣтъ на этотъ вопросъ. Мы имѣемъ полную возможность представить себѣ весь обрядъ установленія корреальнаго обязательства, и въ самой чистой его формѣ, и съ тѣми видоизмѣненіями, которыя допускались позже не propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur. Именно во всей чистотѣ описаніе обряда мы находимъ у Юстиніана [1]). Вотъ въ чемъ онъ состоялъ:

---

1) Выше мы имѣли случай воспользоваться также юстиніановскимъ перечисленіемъ случаевъ, гдѣ veteris juris conditores принимали новацію, которое полнѣе соотвѣтствующаго извѣстія Гая. Здѣсь опять картина, которую изображаетъ императоръ, есть совершенно полная. Не подлежитъ сомнѣнію, что въ этомъ видѣ корреальная стипуляція давно уже отжила свое время при Юстиніанѣ, и прямаго практическаго значенія въ этомъ видѣ она вовсе не имѣли въ эту пору; но тѣмъ больше чести педагогическому такту составителей легальнаго руководства, которые сохраняютъ черты формализма, хотя отжившаго, но удерживающаго всегда высокое значеніе съ инструктивной точки зрѣнія для начинающаго юриста, ибо, какъ мы имѣли случай замѣтить выше, никакая эпоха въ развитіи права не есть совершенно чуждая элементовъ формализма, хотя нигдѣ онъ не составлялъ такой преобладающей черты, какъ въ цивильной системѣ. И такъ, приводимое нами мѣсто изъ Юстиніана не есть свидѣтельство о способѣ установленія корреальнаго обязательства въ его время.

Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: spondeo: ut puta qvum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: utriqve vestrum dare spondeo; nam si prius Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia atqve alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Maevi, qvinqve aureos dare spondes? Sei, eosdem qvinqve aureos dare spondes? si respondeant singuli separatim: spondeo [1]).

Условія, въ которыхъ здѣсь возникаетъ корреальное обязательство, суть слѣдующія:

1) всѣ трое участвующихъ находятся при заключеніи сдѣлки на лицо.

2) установленіе обязательства происходитъ verbis. Это verborum solennitas или verborum proprietas.

3) въ обоихъ случаяхъ, въ случаѣ активнаго и въ случаѣ пассивнаго корреалитета, или офферта (вопросъ), или акцептъ (отвѣтъ) есть общій. Для корреалитета активнаго необходимо, чтобы, post omnium interrogationem, стало было лишь тогда, когда сперва одинъ вѣритель, потомъ другой предложили тотъ-же вопросъ, должникъ отвѣтилъ вмѣстѣ на оба—spondeo. Для пассивнаго корреалитета точно также необходимо спросить сперва одного, потомъ другаго должника, и лишь за симъ они оба должны дать свой отвѣтъ.

4) обязательства того и другаго лица суть отвлеченныя, отрицательно-формальныя, т. е. не имѣющія никакой матерьяльной основы (causa).

5) оба идутъ на одинъ и тотъ-же предметъ (здѣсь на деньги).

Если мы на время оставимъ безъ вниманія первый и третій моментъ, то въ трехъ остальныхъ будутъ за-

---

1) Pr. I. h. t.

ключаться тѣже условія, которыя, какъ мы видѣли выше, необходимы и для понятія делегаціи и для понятія новаціи (конечно съ перемѣной лицъ). И тамъ, во первыхъ, здѣсь, какъ и тамъ, трое дѣйствующихъ лицъ. Они могутъ быть—или два вѣрителя и одинъ должникъ, или одинъ вѣритель и два должника [1]. Во вторыхъ, каждое изъ этихъ лицъ можетъ требовать или обязано совершить то-же дѣйствіе. Въ третьихъ, оба требованія или оба обязательства суть (особенно въ чистой делегаціи) абстрактныя обязательства verbis.

Пункты различія въ строеніи корреалитета съ строеніемъ делегаціи и новаціи заключаются въ томъ, главнымъ образомъ, что для обоихъ послѣднихъ институтовъ существенна послѣдовательность, преемственность возникновенія обоихъ обязательствъ. Необходимо (кромѣ чистой делегаціи), чтобъ была prior и posterior obligatio. Кромѣ этого для делегаціи нуженъ jussus, для новаціи относительная форма выраженія послѣдующаго обязательства.

Если дѣйствіе послѣдовательно возникающихъ обязательствъ, позднѣйшаго въ отношеніи къ предшествующему, въ системѣ формализма есть всегда абсолютное (см. выше), въ делегаціи—vi solutionis, въ новаціи—силой консумціи, если вмѣстѣ съ этимъ духу формализма совершенно противно послѣдовательное образованіе (кумуляція) разныхъ средствъ для достиженія одной цѣли, то какой способъ дѣйствія должна была, въ этихъ условіяхъ, предложить кавтелярная юриспруденція, если стороны хотѣли сохранить силу двухъ обязательствъ, существующихъ именно для одной цѣли?

Отвѣтъ заключается въ третьемъ изъ указанныхъ нами условій возникновенія корреальной стипуляціи, въ томъ, стало быть, чѣмъ ея строеніе отличается отъ но-

---

1) Ограничиваясь такими именно сопоставленіями мы хотимъ только выразить въ возможно простой формѣ нашу мысль. Параллель съ делегаціей мы не проводимъ здѣсь дальше, но будемъ имѣть случай возвратиться къ ней еще разъ.

націи и делегаціи. Въ чемъ же именно?—Въ томъ, что *съ обоихъ обязательствъ, поставленныхъ въ связь, снять признакъ преемственности во времени, сукцессивности,* въ томъ, что ни одно изъ нихъ не есть stipulatio или cautio prior и stipulatio или cautio posterior, junior.

Въ чемъ иначе можетъ заключаться цѣль этого непремѣннаго требованія, котораго отсутствіе или присутствіе рѣшаетъ весь вопросъ о томъ,—есть или нѣтъ въ данномъ случаѣ корреальное обязательство? Вспомнимъ при этомъ, что мы находимся въ кругѣ явленій совершенно формальной природы, гдѣ форма есть полное выраженіе идеи, и гдѣ за предѣлами формы нѣтъ вовсе права, гдѣ все право есть jus solenne. И такъ, verborum solennitas должна быть такъ устроена, чтобъ не было никакого признака пріоритета одной стипуляціи передъ другой. Средство одно—если для простой стипуляціи необходимъ одинъ вопросъ и слѣдующій за нимъ отвѣтъ, тогда тотчасъ будетъ на лицо обязательство,—то для корреалитета нуженъ *сперва одинъ вопросъ,* на который отвѣтъ не долженъ слѣдовать, ибо тогда возникнетъ тотчасъ obligatio, которая будетъ prior относительно другой,—*потомъ другой, и на оба вмѣстѣ одинъ отвѣтъ.* Въ такой формѣ оба обязательства суть одновременно, въ минуту послѣдовавшаго отвѣта вмѣстѣ возникшія.

Если нѣтъ этого условія,—тогда, говоритъ Юстиніанъ, будетъ alia atqve alia obligatio. Для его времени въ этомъ послѣдствіи не заключалось ровно ничего угрожающаго. Консумирующая сила послѣдующей стипуляціи исчезла гораздо прежде. Весь смыслъ словъ [1])

1) Извѣстно, что эти слова: alia atqve alia obligatio составляютъ одну изъ основъ теоріи унитета. Согласно мнѣнію унитаристовъ, отсюда a contrario слѣдуетъ заключать, что гдѣ нѣтъ двухъ обязательствъ, гдѣ есть, стало быть, корреалитетъ,—тамъ обязательство одно. Не говоря вообще объ опасныхъ свойствахъ такой аргументаціи, мы спрашиваемъ—отчего contrarium для alia atqve alia должно быть непремѣнно una. Если alia atqve alia obligatio значитъ два *разныя* обязательства, то по большей мѣрѣ изъ

заключается, по нашему мнѣнію, въ томъ, что тогда не будетъ корреалитета,—и это совершенно справедливо съ точки зрѣнія строгаго формализма, которая выдерживается во всѣхъ свидѣтельствахъ источниковъ, взятыхъ у *старѣйшихъ* классиковъ. Такимъ образомъ Гай, для корреалитета, возникающаго въ иныхъ условіяхъ, требуетъ того-же признака:

> Si ipsi domini singuli eadem decem servo communi dari fuerint stipulati, et semel responsum secutum fuerit, duo rei stipulandi erunt, qvum placeat dominum servo dari stipulari posse. [1])

Помпоній буквально сходится въ своемъ описаніи обряда съ Юстиніаномъ и Гаемъ.

> Duo rei promittendi, sive ita interrogati: spondetis? respondeant: spondeo, aut: spondemus, sive ita interrogati: spondes? respondissent: spondemus, recte obligantur.

этого мѣста можно a contrario заключить, что при корреалитетѣ будутъ два *одинаковыхъ* (въ томъ или другомъ смыслѣ) обязательства. Въ какомъ смыслѣ они могутъ быть разными? Въ томъ напримѣръ, что одно есть prior, а другое posterior; отсюда, что они не суть ejusdem potestatis, что о двухъ вѣрителяхъ или должникахъ нельзя сказать—par utriusqve causa est, какъ говорится объ обоихъ лицахъ въ корреалитетѣ (L. 25 pr. D. 42. 8). Наконецъ пусть смыслъ словъ alia atqve alia будетъ—два *особыхъ*, *отдѣльныхъ* обязательства,—то и тогда contrarium не есть необходимо одно обязательство, а можетъ быть также два слитыхъ, связанныхъ одно съ другимъ обязательства. Мы впрочемъ держимся только отрицательнаго результата, который выразили въ текстѣ.

1) L. 28 § 2 D. 45. 3. То, что это свидѣтельство принадлежитъ Гаю, это особенно важно для вопроса о времени, когда необходимъ былъ ригоризмъ формъ. Здѣсь находитъ себѣ подтвержденіе взглядъ Сальпіуса на время перехода новаціи отъ прежняго ея значенія къ позднѣйшему. Дальше мы еще встрѣтимъ такіе-же аргументы въ его пользу. Юліанъ отрицательно выражаетъ тоже L. 56 § 7 D. de V. O. Требованіе континуитета въ простой стипуляціи см. у Венулея L. 137. pr. D. de V. O. Ср. еще L. 3 § 2 D. 44. 7.

Венулей приводитъ мнѣніе Прокула [1]) о томъ-же предметѣ, при чемъ послѣдній предполагаетъ, что, послѣ постановки вопроса одной стороной, in continenti отвѣчалъ одинъ, а другой отвѣтилъ лишь altero die,— тогда вторая стипуляція недѣйствительна. Причина заключается въ томъ, что для каждой изъ стипуляцій требуются всѣ тѣже условія, какія необходимы для возникновенія простой [2]) стипуляціи. Положеніе будетъ въ данномъ случаѣ совершенно такое, какъ въ томъ случаѣ, когда одинъ даетъ отвѣтъ, а другой молчитъ. [3])

Тоже у Юліана, который говоритъ:

> Modicum intervallum temporis, item modicus actus, qvi modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, qvominus duo rei sint.

Указанія на одновременность совершенія обязательства встрѣчаются не по отношенію къ стипуляціи только. Могутъ быть даны два прокуратора in solidum simul, при чемъ положеніе того и другаго будетъ совершенно одинаковымъ, и лишь косвеннымъ образомъ (occupantis melior est conditio) рѣшается вопросъ, кто изъ нихъ можетъ и кто не можетъ болѣе упражнять прокуратуру. Точно тотъ-же признакъ мы имѣемъ и для двухъ argentarii socii, qvorum nomina simul facta sunt. [4]).

И такъ, совершенно очевидно, что въ томъ обрядѣ, посредствомъ котораго установлялся корреалитетъ, каутелярная практика открыла средство для того, чтобы, воспользовавшись всѣми удобствами, которыя представляетъ формальное обязательство, устранить невыгоды,

---

1) Конечно извѣстнаго начальника сабиніанской школы. L. 12 h. t.

2) Ср. того-же Венулея, изъ того-же сочиненія, изъ 1-ой книги, мѣсто, приведенное выше L. 137 D. de V. O., и другія параллельныя.

3) L. 6. D. h. t.

4) Ср. L. 32 D. 3. 3. L. 9 pr. D. 2. 14. L. 34 pr. D. 4. 8.

составляющія другую сторону формализма, въ данномъ случаѣ—погашеніе ipso jure предшествующаго обязательства послѣдующимъ. Мы не думаемъ вовсе выводить явленіе корреальной стипуляціи изъ какихъ либо теоретическихъ соображеній. Это было дѣломъ старыхъ юристовъ, этихъ veteris juris conditores, этихъ кантаторовъ формулъ, которые старались сочетать абсолютизмъ немногихъ формъ, бывшихъ у нихъ въ распоряженіи, съ потребностями и интересами гражданскаго оборота. Теорія образовалась позже, когда практика давно знала тотъ способъ дѣйствія, который естественнымъ путемъ возникъ въ иныхъ условіяхъ, въ иную пору, при иномъ значеніи юридическихъ формъ и обрядовъ. Теорія образовалась тогда, когда дѣятельность юристовъ возвысилась до критики двухъ противуположныхъ системъ права, системы обрядной, формальной, и системы свободнаго, не связаннаго формой, не условленнаго ею проявленія юридической идеи. Пока всё дѣло ограничивалось одной практикой, юристъ не могъ опустить ни какой мелочи обряда, не боясь поплатиться за это всей цѣной права. Совершенно иное отношеніе тамъ, гдѣ идея, понятіе является отвлеченныхъ, абстрактнымъ, и именно въ этомъ видѣ мы находимъ корреалитетъ у позднѣйшихъ классиковъ [1]).

Выше мы показали причины, по которымъ нельзя было сопоставить два отвлеченныхъ обязательства на одинъ предметъ иначе, какъ снявъ съ нихъ признакъ преемственнаго во времени возникновенія. Такъ ли стояло дѣло во время Папиніана и Ульпіана? Мы знаемъ, что новація въ эту пору перестала дѣйствовать съ силой формально консумирующаго прежнее обязательство акта. Два средства для одной цѣли могутъ спокойно существовать одно рядомъ съ другимъ, если стороны

1) Весь процессъ развитія юридическихъ явленій, котораго мы здѣсь кратко коснулись, не заключаетъ въ себѣ ничего специфически римскаго; онъ есть вѣчно длящійся, но всего ярче выразившійся въ римскомъ правѣ.

не хотять, чтобъ одно погашало другое. И такъ, нужна ли здѣсь таже тщательность въ обрядѣ, тоже строгое соблюденіе симультанеитета образованія обоихъ обязательствъ? Вотъ отвѣтъ Ульпіана:

> In duobus reis promittendi frustra timetur novatio; nam licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur, conseqvens est dicere, pristinam obligationem durare, et seqventem accedere; et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant, qvum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur, neqve ulla novatio fiat (L. 3 pr. D. h. t.)

Корреальное обязательство возникаетъ не потому, что въ способѣ его установленія, въ обрядѣ есть всѣ нужныя для этого условія. Этихъ условій именно не достаетъ. Но они теперь уже и перестали быть необходимыми. Дѣло вовсе не въ томъ, *какъ выразятся стороны*, не въ формѣ, а въ томъ, *что они хотятъ выразить*. Если они имѣли въ виду новацію (animus novandi),—то, при совершенно томъ-же обрядѣ, будетъ новація, если акцессорное присоединеніе послѣдующаго обязательства (seqvens) къ прежнему (pristina obligatio),—то будетъ корреалитетъ. Одинъ обрядъ ничего не рѣшаетъ; теперь юристъ имѣетъ дѣло съ понятіемъ, а не съ обрядомъ. Онъ долженъ раскрыть волю сторонъ, направленную къ тому или другому институту. Какъ бы эта воля ни выразилась,—это не существенно, ибо институтъ не есть только образующійся, а уже образовавшійся и сознанный.

Папиніанъ, хотя прежде, но, пожалуй, еще ярче выражаетъ именно тоже отношеніе къ явленію, говоря о письменныхъ сдѣлкахъ:

> Quum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum aureos stipulatos, neqve adjectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati videbantur. Et

e contrario, qvum ita cautum inveniretur: tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus; spopondimus ego, Antoninus Achilleus et Cornelius Dius, partes viriles deberi, qvia non fuerat adjectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent (L. 11 § 1 и 2 D. h. t.).

Мы наблюдаемъ, такимъ образомъ, на одномъ обрядѣ установленія корреалитета посредствомъ стипуляціи весь ходъ развитія явленія отъ первоначальныхъ, подлинныхъ для него условій его *образованія* въ эпохѣ формализма, до послѣдующаго, абстрактнаго *примѣненія* уже готоваго понятія къ такимъ случаямъ, которые вовсе сами собой не условливаютъ его необходимости, а лишь допускаютъ его, когда этого именно желаютъ стороны. Если мы хотимъ опредѣлить подлинную природу явленія, его необходимыя качества, то понятнымъ образомъ мы должны его изучать тамъ, гдѣ оно само собой, естественно возникло, а не тамъ, гдѣ изъ него дѣлалось любое употребленіе. Опять возникнуть естественнымъ путемъ оно можетъ только при тѣхъ-же условіяхъ; а произвольно примѣнять его можно, конечно, всякій разъ, когда это будетъ найдено удобнымъ или выгоднымъ [1]).

---

1) Современное французское законодательство можетъ служить въ этомъ случаѣ образцомъ, ибо art. 1202 Code Napoléon совершенно аналогически съ сейчасъ нами приведеннымъ текстомъ Папиніана говоритъ: La solidarité (у французовъ не въ ходу названіе корреальнаго обязательства) ne se présume point; il faut qu'elle soit expressement stipulée.—Вопросъ о томъ, какъ возникалъ въ римскомъ правѣ корреалитетъ посредствомъ стипуляціи или промиссіи общаго раба, мы обходимъ пока, хотя явленіе само по себѣ заслуживаетъ полнѣйшаго вниманія, но для насъ это только другой путь, приводящій къ той же цѣли. Значеніе рабовъ какъ средства для самыхъ различныхъ юридическихъ операцій между ихъ господами не исчерпывается, конечно, этимъ явленіемъ, а лишь въ полной связи съ другими формальными функціями, для которыхъ служилъ несвободный человѣкъ, весь вопросъ можетъ быть отнесенъ къ числу самыхъ любопытныхъ и крайне отчетливо выработанныхъ продуктовъ юридической техники.

Мы видѣли, что въ обрядѣ установленія корреальнаго обязательства должны необходимо существовать всѣ условія, которыя требуются для возникновенія *двухъ стипуляцій* Это требованіе классики проводятъ и въ дальнѣйшихъ частностяхъ. Именно Ульпіанъ, предполагая, что промиттентъ есть малолѣтній, считаетъ необходимымъ, чтобъ въ каждой изъ двухъ, входящихъ въ составъ корреалитета стипуляцій aукторировалъ отдѣльно (въ разсматриваемомъ случаѣ—отдѣльный) tutor. Если для дѣйствительности каждой стипуляціи нужно больше одного опекуна [1]), то только при этомъ условіи она будетъ имѣть силу; иначе въ результатѣ получится stipulatio inutilis. Вотъ текстъ:

> Si duo rei sint stipulandi, et alter me auctore a pupillo stipuletur, alter altero tutore auctore, dicendum est, stipulationem valere, sic tamen, si auctoritas tutoris unius sufficiat, ceterum si non sufficiat, dicendum erit, inutilem esse stipulationem [2]).

Достаточно ли для судьи тѣхъ признаковъ корреальнаго обязательства, которыя выражены нами выше, согласно тексту Юстиніана, для того чтобъ рѣшить, что въ данномъ случаѣ есть корреальность [3]), которая должна повлечь за собою всѣ дальнѣйшія консеквенціи этого понятія или этого института? Если судья видитъ, что на лицо есть двѣ дѣйствительныя отвлеченныя стипуляціи на туже сумму, при двухъ вѣрителяхъ или двухъ должникахъ, между которыми нельзя опредѣлить пріоритета времени,—то корреальность несомнѣнно должна быть признана.

---

1) Это разрѣшается, конечно учрежденіемъ опеки.

2) L. 7 § 1 D. 26. 8. Demangeat создаетъ себѣ, сколько намъ кажется, вовсе не нужныя затрудненія изъ этого текста, см. стр. 106 и слѣд.

3) см. выше стр. 32.

Если явленіе уклоняется въ томъ или другомъ отношеніи отъ этого типическаго образа, то изслѣдованіе становится тотчасъ болѣе сложнымъ, и въ извѣстныхъ условіяхъ только тогда способнымъ привести къ цѣли, когда стороны именно выразили волю подчинить свою сдѣлку законамъ корреалитета, или для этого есть легальная презумція [1]).

Уклоненіе можетъ, по свойству стипуляціи, произойти въ отношеніи къ предмету обѣщанія. Юстиніанъ беретъ опредѣленную сумму денегъ какъ предметъ обѣихъ стипуляцій. Это внѣ всякаго сомнѣнія нормальный случай, хотя не исключительный. Убѣдиться въ томъ, что римская практика преимущественно къ опредѣленной денежной суммѣ сводила счеты, когда два лица активно или пассивно-корреально обязывались, легко не только изъ постоянно возвращающихся примѣровъ, но и изъ образа выраженія, которымъ очень часто обозначается корреальное обязательство. Слова ejusdem pecuniae [2]) debitores и creditores встрѣчаются безпрестан-

---

1) Ср. опять привед. выше art. 1202 C. N., текстъ дальше.

2) Фиттингъ свелъ эти мѣста: cum duo eandem pecunim debent или promiserint (L. 2 L. 19. D. h. t.), plures in unam summam rei promittendi (L. 10 § 3 D. 49. 1). Ср. еще L. 21 § 5 D. 2. 14. L. 12 § 3 D. 5. 2. L. 28 § 3 D. 12. 2. L. 17 § 2. D. 16. 1. L. 82 § 5 D. de leg. I L. 31 pr. D. de legat. II. L. 21. § 4 D. 46. 1. L. 2. C. h. t. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что только выраженіе una summa есть совершенно точное для обозначенія количества, и напротивъ, словомъ pecunia юристы обозначаютъ вовсе не одни деньги, ср. привед. выше мѣста L. 187 D. de V. S. L. 18 D. 46 1 L. 4 и 5 pr. D. de V. S. Любопытна смѣна наименованій того же юридическаго явленія (т. е. обязательства), смотря по различію объекта стипуляціи, которую находимъ у Юлія Павла: Plane si duos reos non ejusdem pecuniae sed alterius obligationis constitueris, utputa Stichi, aut Pamphili... L. 21 D. 12. 6. Въ виду этого мы въ правѣ еще разъ выразить сомнѣніе въ томъ, чтобъ слова ejus dem obligationis заключали въ себѣ что либо рѣшающее для вопроса о природѣ корреальнаго обязательства въ смыслѣ его единства. Это уже не первая попытка, которую мы дѣлаемъ, чтобъ устранить значеніе текстовъ, приводимыхъ унитаристами въ свою пользу. Кунце съ большой проницательностью

но въ источникахъ. Кромѣ того, въ позднѣйшемъ развитіи, какъ мы это показали выше, отвлеченная стипуляція примыкаетъ именно *къ денежной сдѣлкѣ*, къ займу.—Удобства, которыя представляютъ именно деньги или вообще сумма, для того существеннаго качества, которое должны имѣть обѣ стипуляціи, ясно само собой. Онѣ должны идти на idem, и опредѣленная сумма денегъ во всякомъ случаѣ способна дать этотъ результатъ. Это абстрактнѣйшее выраженіе имущественнаго количества, которое вовсе не индивидуализируется, смотря по тому, кто его обѣщаетъ или кому дается обѣщаніе. Совершенно иначе, если species составляетъ предметъ стипуляціи. Внѣ всякаго сомнѣнія возможно стипулировать или промиттировать eundem Stichum, и случай будетъ совершенно тожественный съ обѣщаніемъ денегъ. Но дѣло въ томъ, что здѣсь возможенъ и другой исходъ. Species, индивидуальная вещь, могла принадлежать одному изъ двухъ вѣрителей въ моментъ заключенія договора,—тогда договоръ съ нимъ, его стипуляція ничтожна, такъ что вмѣсто корреальнаго обязательства мы будемъ имѣть простую стипуляцію между однимъ вѣрителемъ и однимъ должникомъ. Такой именно случай предусматриваетъ Гай, говоря:

> Nec minus inutilis est stipulatio, si quis rem suam, ignorans suam esse, stipulatus fuerit [1].

Далѣе, хотя бы при вступленіи въ обязательство и не встрѣтилось этого препятствія, но за то позже, по

(стр. 163) усматриваетъ во множествѣ средствъ свидѣтельство того, что ни одно изъ нихъ не есть рѣшающее, и посему предлагаетъ свое единственное, удерживая въ тайнѣ другія, которыя конечно и онъ знаетъ. Мы охотно согласились бы съ нимъ, еслибъ въ данномъ случаѣ сама болѣзнь, самый недостатокъ источниковъ казался намъ столь-же серьезнымъ, какъ это ему кажется; но мы думаемъ, напротивъ, что случай вовсе не есть опасный, что при ближайшемъ изученіи ошибки у классиковъ совсѣмъ не оказывается, и какое бы средство ни пригодилось въ данномъ случаѣ—оно разчитано не на исцѣленіе, а на простую поправку недоразумѣній, которыя, впрочемъ, бываютъ хуже болѣзни.

1) L. 1 § 10 D. 44. 7.

другому основанію, species можетъ попасть въ руки кредитора, стать его собственностью, и это также въ извѣстныхъ условіяхъ погашаетъ стипуляцію одного изъ вѣрителей совершенно случайнымъ образомъ. Указаніе на это даетъ Юлій Павелъ:

> Si rem, qvam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucrativa, evanescit stipulatio; sed et si heres extitero, dominio extinguitur stipulatio [1].

Гораздо менѣе опасности въ этомъ смыслѣ представляетъ обязательство, котораго предметъ составляетъ genus. Но за то здѣсь имѣютъ мѣсто очень существенныя модификаціи въ дальнѣйшихъ функціяхъ корреальнаго обязательства, на что указываетъ Ульпіанъ:

> Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur, et reliqua quinqve sola in obligatione remanent. Item qvi Stichum debet, parte Stichi data in reliqvam partem tenetur; qvi autem hominem debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit, deniqve homo adhuc ab eo peti potest [2].

Юліанъ говоритъ о возможности даже дѣянія (opera) двухъ лицъ при извѣстныхъ условіяхъ считать за тожественныя. Если напр. duo fabri ejusdem peritiae обѣщали easdem operas, то и они станутъ duo rei promittendi. [3]) Но кто-же будетъ утверждать, что практически такіе случаи имѣютъ тоже значеніе, какъ обѣщаніе двумъ лицамъ или отъ двоихъ лицъ одной суммы? Подобнаго рода только теоретическіе вопросы обыкновенно и кончаются тамъ, гдѣ они получили свое начало. За сложны-

1) L. 83 § 6 D. de V. O. cp. L. 17 D. 44. 7.
2) L. 9 § 1 D. 46. 3.
3) L. 5 D. h. t.

ми модификаціями, которыя могутъ возникать въ виду подобныхъ отклоненій отъ нормы, [1]) мы не будемъ вовсе слѣдить въ дальнѣйшемъ.

Мы отвѣтили выше на вопросъ о легкости для суда распознать явленіе корреальности по его положительнымъ признакамъ. Не сходятся ли однако тѣже признаки въ ихъ совокупности въ какомъ либо другомъ явленіи? И такъ, тотъ-же вопросъ мы ставимъ опять, но въ отрицательной формѣ. Нѣтъ ли опасности смѣшать корреалитетъ съ какимъ-либо инымъ сочетаніемъ обязательствъ? Мы отвѣчаемъ, что до тѣхъ поръ, пока описанный выше своеобразный обрядъ выполнялся со всей точностью, до тѣхъ поръ пока для корреалитета было необходимо сопоставленіе двухъ одновременныхъ отвлеченныхъ стипуляцій на idem,—смѣшеніе было положительно немыслимо. Совершенно иначе въ ту пору, когда ригоризмъ обряда исчезъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ корреальность стали примѣнять внѣ тѣхъ условій, въ которыхъ она образовалась, въ извѣстной степени произвольно, позитивно. Тогда, конечно, разомъ утратилась вся своеобразность и вся рельефность явленія. Опасность смѣшенія становилась тѣмъ большею, чѣмъ шире опредѣлялся кругъ позитивнаго примѣненія института, и въ заключеніе судья могъ только тамъ съ достовѣрностью діагнозировать его, гдѣ воля лицъ была выражена expressis verbis въ этомъ смыслѣ. Выше мы видѣли, что корреалитетъ можно было смѣшать съ новаціей (у Ульпіана L. 3 pr. D. h. t.) и съ проратарнымъ обязательствомъ (у Папиніана, L. 11 § 1 и 2 D. h. t.). Мы покажемъ далѣе, что еще опаснѣе становилась со временемъ возможность смѣшенія его съ солидарностью. Въ виду этого, позднѣйшія опредѣленія института суть

---

1) Присоединеніе условія и срока къ той или другой стипуляціи въ корреалитетѣ тоже возможно, но чтобы разъяснить вопросъ надлежащимъ образомъ—необходимо хорошо вникнуть въ явленіе условной новаціи, и мы ради единства изложенія, оставляемъ его въ сторонѣ. L. 7 D. h. t. ср. L. 9 in fine eod. и еще § 5 J. 3. 15 и L. 6 § 6 D. 36. 1.

обыкновенно только отрицательныя, разсчитанныя прямо на предупрежденіе *этой* опасности, вовсе не проникающія его подлинную природу; и только тамъ, гдѣ случайно мы встрѣчаемъ опять всѣ признаки основной формы корреалитета,—тамъ и понятіе его является передъ нами снова со всѣмъ его внутреннимъ необходимымъ содержаніемъ, исчерпывающимъ всю природу института.

Въ этомъ смыслѣ нигдѣ нельзя найти болѣе счастливаго сочетанія всѣхъ существенныхъ признаковъ явленія, какъ въ двухъ текстахъ, одного—Ульпіана, *въ которомъ онъ приводитъ мнѣніе Юліана*, и другаго, очень близкаго, Венулея. Мы разсматриваемъ ихъ какъ рѣшающія свидѣтельства для всего вопроса о природѣ и основной формѣ корреальнаго обязательства. Оба должны быть отнесены къ той эпохѣ, когда элементы формализма еще во всей чистотѣ составляли необходимое условіе возникновенія корреальнаго обязательства. Въ обоихъ текстахъ разсматривается тотъ-же вопросъ—о дѣйствіи сліянія (confusio) обязательствъ въ томъ случаѣ, когда одно есть главное, а другое акцессорное, и когда оба суть главныя. При этомъ Ульпіанъ свидѣтельствуетъ:

> Generaliter Julianus ait, eum, qvi heres extitit ei, pro qvo intervenerat, liberari ex causa accessionis, et solummodo qvasi heredem rei teneri. Deniqve scripsit, si fidejussor heres extitarit ei, pro qvo fidejussit, qvasi reum esse obligatum, ex causa fidejussionis liberari; reum vero reo [1]) succedentem ex **duabus causis** esse obligatum. Nec enim potest reperiri qvae obligatio qvam perimat, at in fidejussore et reo reperitur, qvia rei obligatio plenior est. Nam ubi-

1) Цельзъ въ такомъ-же случаѣ говоритъ объ обоихъ главныхъ обязательствахъ—qvoties duae sint principales, о главномъ и акцессорномъ—obligatio principalis и obligatio, qvae seqvelae locum obtinet L. 93 § 2. D. 46. 3.

aliqva differentia est obligationum, potest constitui, alteram per alteram perimi; qvum vero duae ejusdem sint potestatis, non potest reperiri, cur altera potius qvam altera consumeretur.

Венулей, по совершенно тому-же поводу, почти буквально повторяетъ тоже:

nam ubi qvidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fidejussore et reo principali, constitit, alteram ab altera perimi; quum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, alteram potius qvam alteram consummari; ideoqve etsi reus stipulandi heres extiterit, duas species obligationis eum sustinere [1]).

И такъ для наличности корреалитета существенны слѣдующіе моменты: нужны *два* обязательства, оба должны быть *главныя*, для каждаго необходима *особая* causa (здѣсь формальная, verbis contractae obligationes), оба должны имѣть *одинаковую силу* и *не заключать въ себѣ различій, которыя дѣлаютъ изначала яснымъ, какое изъ двухъ обязательствъ должно поглотить другое*. Гдѣ есть эти элементы,—тамъ есть корреальное обязательство.

Какъ отсюда развивается всё содержаніе института,—это мы увидимъ лишь тогда, когда передъ нами пройдутъ всѣ историческіе моменты юридическаго отношенія. Здѣсь мы разсмотрѣли лишь первый моментъ, установленіе корреальнаго обязательства въ его первообразномъ видѣ.

Если изъ нашего предшествующаго изложенія ясно *почему, по какимъ* историческимъ *причинамъ* каутелярная

1) Ср. L. 5 D. 46. 1 и L. 13 D. h. t. (Venulejus libro tertio Stipulationum).

юриспруденція пришла къ тому обряду, который необходимъ для установленія корреальнаго обязательства, то, когда разъ открытіе было сдѣлано, когда практика какъ нѣчто данное узнала средство сопоставлять два формальныхъ обязательства на idem,—*для чего, для какихъ цѣлей* могла служить въ гражданскомъ оборотѣ эта своеобразная конструкція?

Мы могли бы собственно отложить отвѣтъ на этотъ вопросъ до полнаго разъясненія всѣхъ сторонъ института; но необходимость имѣть въ виду въ дальнѣйшемъ нѣкоторыя явленія обязательственнаго права, часто смѣшиваемыя съ корреальнымъ обязательствомъ, и по природѣ своей въ римскомъ правѣ также составляющія продукты формализма, побуждаетъ насъ здѣсь-же опредѣлить ихъ взаимное отношеніе. Мы разумѣемъ вообособенности поручительство въ его первоначальныхъ формахъ [1]). Общій вопросъ, поставленный нами сейчасъ, включаетъ въ себѣ и эту задачу.

И такъ, для какихъ цѣлей могъ служить корреалитетъ? Надо, конечно, прежде всего искать отвѣта въ немъ самомъ, въ его строеніи. На что нужно сопоставлять два формальныхъ обязате[...]а на туже сумму, которыя способны одно другое консумировать, какъ въ чистой делегаціи, и однако не производятъ этого эфекта, потому что неизвѣстно, которое изъ нихъ должно испытать на себѣ пассивную и обнаружить активную силу этого эфекта. Оба противустоятъ одно другому, какъ двѣ взаимно-нейтрализующія другъ друга силы.

Мы начнемъ съ совершенно отрицательнаго отвѣта, который даютъ намъ источники. Обѣ стипуляціи не для того такъ сопоставлены, чтобы прямо или косвенно служить средствомъ для двойнаго взысканія суммы или штрафа съ обоихъ должниковъ. Указаніе въ этомъ смыслѣ находимъ у Юлія Павла:

---

1) Helmolt неудачно называетъ поручительство акцессорнымъ корреалитетомъ.

Item si duo rei promittendi sint, et unus ad judicium non venerit contemta sua promissione judicio sistendi causa facta, actor autem ab altero rem petat, ab altero poenam desertionis, petendo poenam exceptione summovebitur [1].

И такъ эксплуатація обоихъ должниковъ вовсе не составляетъ цѣли сопоставленія обязательствъ. Но, однако, не доставляетъ-ли инымъ образомъ сопоставленіе двухъ обязательствъ именно *матерьяльнаго обезпеченія* для вѣрителя?—Внѣ всякаго сомнѣнія, въ случаяхъ пассивнаго корреалитета *можетъ* скрываться именно эта цѣль. Мы видѣли выше, что делегація могла имѣть мѣсто тамъ, гдѣ должникъ делегируетъ своего должника своему вѣрителю (А) на туже сумму. Если делегатаръ приметъ обѣщаніе делегата, то оба прежніе долга прекращены. Выше было также ясно, что делегатаръ могъ принять обѣщаніе не на свой страхъ, а на страхъ делеганта (periculo tuo); тогда, при несостоятельности делегированнаго должника, онъ имѣлъ actio mandat. противъ делеганта [2]). Въ замѣнъ этого пути можно было избрать совершенно другой, который также вѣрно приводилъ къ цѣли. Оба должника, прежній и новый, корреально обязуются уплатить туже сумму вѣрителю А. Если новый должникъ заплатитъ, то эфектъ будетъ тотъ-же какъ при делегаціи, и оба другіе долга прекратятся. Гарантія вѣрителя состоитъ въ томъ, что онъ выигрываетъ время, не рѣшается тотчасъ, имѣетъ оба обязательства въ своемъ распоряженіи и лишь потомъ окончательно опредѣляетъ свое отношеніе къ тому или другому изъ нихъ. При этомъ онъ не обязанъ взыскивать непремѣнно съ одного всё, а имѣетъ право требовать также съ каждаго отчасти.

Далѣе, совершенно независимо отъ прежнихъ обязательствъ между тремя лицами, двое должниковъ *могутъ* обѣщать одному вѣрителю туже сумму корреально,

---

1) L. 5. § 2 D. 2. 11.
2) L. 26 § 2 L. 45 § 7 D. 17. 1.

обезпечивая его такимъ образомъ возможностью выбора любаго изъ нихъ на случай взысканія.

Здѣсь цѣль института близко сходится съ цѣлью поручительства въ его старѣйшихъ формахъ. Разница только въ томъ, что для пассивно корреальнаго обязательства это одна изъ многихъ возможныхъ цѣлей, а для поручительства это прямо данная и исключительная цѣль.

На степени простаго предположенія мы считаемъ возможнымъ допустить, что для поручительства посредствомъ стипуляціи первоначально не существовало *особой формы сдѣлки, отличавшей именно эту цѣль* вступленія въ обязательство. Чтобъ стать поручителемъ по чужому долгу, надо было принять на себя обязательство, также какъ это сдѣлалъ главный должникъ; а для того, чтобъ произвести это, не консумируя главнаго долга, надо было выполнить обрядъ корреальной сдѣлки. Мы позволяемъ себѣ выразить это предположеніе, во первыхъ, въ виду общей скудости формъ стараго права. Если нельзя было обеспечить иначе долгъ залогомъ, какъ посредствомъ переноса собственности (фидуціарная форма), то весьма вѣроятно, что обязаться verbis за другаго также нельзя было иначе, какъ ставъ ровно въ тоже положеніе, въ какомъ находится должникъ. Другое основаніе для нашего предположенія заключается въ томъ, что на старѣйшихъ явленіяхъ поручительства остаются несомнѣнные слѣды формализма отношеній, совершенно соотвѣтствующіе пассивной корреальности. Стипуляція поручителя, когда институтъ есть уже отдѣльный, идетъ всегда на idem, не на меньшее и не на большее. Имѣетъ ли главный долгъ силу въ матерьяльномъ смыслѣ, или нѣтъ,—это не оказываетъ вовсе вліянія на обязательство поручителя [1]) Никогда старѣйшія формы поручительства не могутъ примыкать къ другому обязательству, если оно не есть obligatio verbis. Прямое указаніе на это даетъ Гай, говоря:

---

1) Ср. Гиртаннера, die Stipulation, стр. 283. Bekker другаго мнѣнія.

Nam illi qvidem (sponsores et fidepromissores) nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum. [1]

Но въ каждомъ изъ видовъ пассивнаго *акцессорнаго* участія третьяго лица въ главномъ обязательствѣ есть уже специализировавшаяся цѣль, которая хотя первоначально достигается лишь въ условіяхъ очень строгаго формализма, но въ которой уже лежитъ залогъ послѣдующаго развитія, именно въ виду этой прямо данной, матерьяльной цѣли сопоставленія двухъ обязательствъ, особаго характера института. Гай говоритъ:

Sponsores qvidem et fidepromissores et fidejussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit.

Что касается *дѣйствія* цивильной формы поручительства (fidejussio), то извѣстно, что первоначально и долгое время потомъ, сила его исчезала вмѣстѣ съ предъявленіемъ иска противъ главнаго должника. Гарантія вѣрителя вся исчерпывалась тѣмъ, что онъ видѣлъ въ готовности другихъ принять на себя отвѣтственность за должника наравнѣ съ нимъ свидѣтельство его благонадежности, и съ другой стороны, въ томъ, что онъ могъ воспользоваться принятымъ на себя обязательствомъ поручителя совершенно съ тѣмъ-же эфектомъ, какъ и обязательствомъ главнаго должника [2]). Любопытно, что долгое время, когда уже развились рядомъ съ fidejussio, *для той-же цѣли*, другіе институты, *съ матерьяльной* точки зрѣнія несравнимо болѣе обеспечивавшіе результатъ взысканія (fidejussio indemnitatis,

---

1) Гай III, 119. См. также текстъ дальше, откуда видно, что возраженія Беккера не основательны.

2) Позже мы будемъ имѣть въ виду еще очень важныя черты большаго обеспеченія вѣрителя при сопоставленіи двухъ обязательствъ.

constitutum debiti alieni, mandatum qvalificatum), старый институтъ, чисто формальнаго образованія, продолжалъ сохранять практическое значеніе, и именно къ нему примыкали позднѣйшія модификаціи императорскаго законодательства (beneficium excussionis или ordinis, beneficium divisionis, cedendarum actionum).

Это любопытная черта въ исторіи развитія римскихъ институтовъ: изъ того, что люди могутъ впадать въ ошибки, дурно расчитывать, терять отъ этого,—вовсе еще неслѣдуетъ необходимо, чтобъ самъ институтъ былъ дуренъ. Виноваты люди, а не учрежденія. Нѣтъ никакой надобности, чтобъ институтъ постоянно приноравливался къ слабымъ сторонамъ, къ порокамъ воли, къ незрѣлому смыслу. Отъ этого потеряетъ только онъ свое достоинство, а люди не станутъ болѣе зрѣлыми. И такъ рядомъ съ новообразованіями преторской системы, цивильная fidejussio продолжаетъ держаться въ практикѣ, старый формализмъ сохраняетъ свою привлекательность для тѣхъ характеровъ, по мѣркѣ которыхъ онъ сложился (jus civile vigilantibus scriptum est).

Такимъ образомъ, въ исторіи развитія поручительства корреальная стипуляція, по всей вѣроятности, составляетъ такой-же исходный пунктъ, какимъ была простая стипуляція (см. выше) для матерьяльныхъ контрактовъ. Формы *акцессорнаго* обѣщанія *съ цѣлью обезпеченія* выдѣлились изъ нея *какъ одна изъ возможностей*, для которыхъ служило прежде абстрактное сопоставленіе двухъ *главныхъ* обязательствъ, выдѣлились также, какъ выдѣлялись изъ разныхъ сочетаній отвлеченной стипуляціи опредѣленные виды матерьяльныхъ контрактовъ, которые позже развивались самостоятельно.

При этомъ сама корреальная стипуляція вовсе не исчезла изъ оборота, ибо она пригодна была не для одной этой цѣли.

Трудно указать именно время, но не подлежитъ сомнѣнію, что fidejussio рано стала приниматься и къ

такимъ контрактамъ, которые не совершаются verbis [1]), такъ что causa главнаго и акцессорнаго обязательства становилась совершенно различною, смотря по природѣ контрактовъ. Если сперва fidejussio могла идти только на idem [2]), то позже удерживается лишь слѣдъ этого прежде необходимаго качества въ томъ, что отвѣтственность въ этихъ размѣрахъ предполагается, если поручитель не выговорилъ именно ничего инаго. Наконецъ, третій и самый важный, конечно, моментъ въ индивидуализаціи поручительства, какъ особаго института, заключается въ томъ, что fidejussor обязуется не suo, а alieno nomine. Именно этимъ послѣднимъ признакомъ Гай и отличаетъ поручительство отъ другихъ явленій:

> Sed aut proprio nomine qvisqve obligatur, aut alieno; qvi autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur; et plerumqve ab eo, qvem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qvi eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut, qvod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur [3]).

Въ виду всѣхъ этихъ признаковъ, нѣтъ уже возможности смѣшивать оба института, хотя слѣдъ родства остается и тутъ на дѣйствіи, которое производитъ litis contestatio на оба обязательства, на главное и акцессорное, вмѣстѣ.

Мы не имѣемъ интереса дальше преслѣдовать черты обособленія обоихъ явленій. Отмѣтимъ только такіе пункты, въ которыхъ сказывается соприкосновеніе кор-

---

1) Сальпіусъ справедливо видитъ въ этомъ очень важный моментъ въ исторіи развитія поручительства (стр. 203), хотя мы не думаемъ чтобъ лишь отсюда начиналось обособленіе института отъ корреалитета ср. Гай, III, 119. и L. 8 § 1 D. 46. 1.

2) Нужно ли говорить, что здѣсь мы имѣемъ въ виду юридическую технику поручительства, именно fidejussio, а не общее явленіе поруки?

3) L. 1 § 8 D. 44. 7. Ясные признаки прежняго и послѣдующаго направленія въ развитіи института сохранились въ контроверзѣ школъ, о которой сообщаетъ намъ Сцевола L. 9 3 § 3 D. 46 3.

o

реалитета съ поручительствомъ у позднѣйшихъ классиковъ. Юлій Павелъ говоритъ объ actio mandati, которая имѣетъ мѣсто одинаково,

> si judicio te sisti promisero, nec exhibuero.... vel si pro te reus promittendi factus sim [1]).

Прямой и самый рѣзкій признакъ корреалитета въ его подлинной формѣ есть именно тотъ, что каждый изъ должниковъ suum negotium gerit [2]). На этомъ держатся въ высшей степени важныя и самыя практическія консеквенціи понятія [3]). Но вотъ возможность видоизмѣненія явленія именно въ этой его *коренной* чертѣ.

Съ другой стороны, и прямо на встрѣчу этой модификаціи корреалитета, идетъ совершенно такая-же возможная модификація поручительства, о которой говоритъ тотъ-же Юлій Павелъ:

> Sed si fidejussor in rem suam spopondit, hoc casu fidejussor pro reo accipiendus est, et pactum cum eo factum cum reo factum esse videtur [4]).

Въ какой степени, однако, оба явленія въ своемъ *чистомъ видѣ* независимы и самобытны,—въ этомъ легко убѣдиться въ виду того, что duo rei promittendi могутъ независимо отъ этихъ отношеній стать въ тоже время поручителями другъ друга. Объ этомъ свидѣтельствуетъ Папиніанъ:

> Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit [5]).

---

1) L. 45 § 3. D. 17. 1.

2) Ср. L. 10 § 10 D. 15. 3. L. 25 pr. D. 42. 8. L. 128 D. de V. O. Тоже для делегата L. 9 § 1 D. 12. 4.

3) См. напр. L. 5 § 6 и 7 D. 23. 3.

4) L. 24 D. 2. 14.

5) L. 11 pr. D. h. t.

И такъ, мы видѣли что въ пассивномъ корреалитетѣ можетъ быть скрыта *цѣль* делегаціи, что точно также цѣлью сопоставленія двухъ обязательствъ *можетъ быть* поручительство одного должника за другаго. Для этой послѣдней цѣли корреалитетъ могъ особенно хорошо служить тогда, когда появились различныя ограниченія интерцессіи, охранительныя мѣры противъ легкой готовности незрѣлыхъ людей [1]) принимать на себя заботу о чужихъ дѣлахъ;—тогда поручительство маскировалось подъ формой корреалитета, гдѣ negotium не было alienum, а было suum [2]).

---

1) Извѣстно, что въ римскомъ обществѣ женщины разсматривались съ этой точки зрѣнія. St. Vellejanum, которое онѣ могли, но не были обязаны (римляне не навязывались съ благодѣяніями) привести въ свою пользу, есть именно послѣдствіе такого взгляда. Другое любопытное послѣдствіе того-же взгляда видно въ дозволеніи женщинѣ дать мужу согласіе на продажу приданаго, но не на залогъ? Отчего-жь большее (продажа)—дозволено, а меньшее нѣтъ? Причина въ томъ, что незрѣлымъ людямъ *отдаленныя* опасности кажутся меньшими, хотя они все тѣже и непремѣнно станутъ *близкими*; поэтому съ залогомъ легче мирились, но за то и чаще приходили къ продажѣ. Законъ противодѣйствуетъ именно тому и только тому, на чемъ легко поймать незрѣлаго человѣка. Понятія зрѣлости и свойства права для котораго требуется та или другая степень,—конечно, суть совершенно относительныя.

2) Это одинъ изъ видовъ обхода закона, которыхъ римское право знало очень много. Ihering сравниваетъ ухищренія римской практики обойти законъ съ подземными ходами и норами лисы, которыхъ ему удалось наслѣдить такое множество, что онъ ждетъ особаго случая чтобъ сообщить о нихъ публикѣ, давая въ своемъ Geist'ѣ только эскизъ этихъ подземныхъ работъ (§ 57). Несомнѣнно, что абстрактный характеръ формализма въ нѣкоторой степени могъ способствовать развитію обходнаго способа дѣйствія практики. Мы не хотимъ этимъ однако осудить достоинство формализма въ правѣ. Вопросъ объ этомъ никогда не долженъ быть поставляемъ совершенно отвлеченно, безъ всякихъ видовъ на опредѣленный кругъ явленій. Нельзя спрашивать что лучше—nimia subtilitas или latitudo voluntatis contrahentium? На это нельзя дать отвѣта, развѣ для того только чтобъ заявить себя другомъ простора или непремѣннымъ врагомъ всякаго стѣсненія. Желѣзные пути тоже стѣсняютъ просторъ движенія, но никто не будетъ доказывать,

Но ни тѣмъ, ни другимъ всё таки не исчерпываются всѣ цѣли, для которыхъ можетъ быть пригодною даже одна только пассивная форма корреалитета. Два лица могутъ облечь въ эту форму сдѣлку, въ которой въ основѣ каждый изъ должниковъ реально обязанъ лишь на долю всей суммы, а на другую является поручителемъ по другомъ должникѣ. [1]) Всѣхъ возможныхъ сочетаній такого рода нельзя предусмотрѣть.

Но засимъ, корреальная конструкція имѣетъ еще активную форму. Для какой цѣли предназначается это сочетаніе двухъ стипуляцій? Зачѣмъ можетъ быть нужно устроивать двѣ стипуляціи на одну сумму съ особымъ вѣрителемъ въ каждой? Самая простая мысль, въ которой, повидимому, разрѣшается весь вопросъ о цѣли активнаго корреалитета есть слѣдующая.

Извѣстно, что въ римскомъ сознаніи persona sui juris является въ юридическомъ смыслѣ, какъ сама въ себѣ заключающая цѣль своего существованія [2]). Тоже

что отъ этого движеніе становится медленнѣе. Судить о значеніи формализма возможно только въ виду его опредѣленнаго приложенія. Бэръ жалуется на смѣшеніе, даже въ Германіи, понятій формализма съ суровой несправедливостью и матерьяльнаго права съ пощадой и мягкостью. Справедливость есть и тутъ и тамъ послѣдняя цѣль института, но дѣло въ томъ, какой путь вѣрнѣе и скорѣе приведетъ къ этой цѣли. Что касается опасныхъ сторонъ формализма, то, по отношенію къ формальнымъ контрактамъ, Бэръ находитъ, то дурныя цѣли могутъ и безъ нихъ быть достигаемы также хорошо, какъ и съ ихъ помощью. Право не можетъ быть всегда разсчитано на мѣрку простодушной невинности, и наконецъ подъ маской простоты и незнанія такъ легко скрываются самый вѣрный разсчетъ и самые отдаленные виды. Jahrbüch. f. Dogm. 1858 II, 3. На общій вопросъ о формализмѣ можно дать только общій отвѣтъ, какой намъ даетъ Нерацій: право можетъ и должно быть извѣстнымъ, оконченнымъ, опредѣленнымъ.... qvum jus finitum et possit esse et debeat... L. 2 D. 22. 6., но краснорѣчивымъ такой отвѣтъ является опять только у римскаго юриста....

1) Случай, который Бринцъ неосновательно принимаетъ за нормальный.

2) Selbst ist der Mann! съ особымъ паѳосомъ восклицаетъ Унгеръ, становясь на точку зрѣнія, до тѣхъ поръ совершенно чуж-

самое въ отрицательной формѣ—никогда persona sui juris не способна стать средствомъ для юридическихъ цѣлей другаго. Служить въ юридической сферѣ орудіемъ чужихъ цѣлей могутъ только рабы и подвластные. Ближайшимъ образомъ, для обязательствъ и процесса Ульпіанъ выражаетъ это въ слѣдующихъ словахъ:

> Alteri stipulari nemo potest, praeterqvam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusqvisqve sibi acqvirat, qvod sua interest. Nemo alieno nomine lege agere potest. [1])

Если формально нѣтъ никакой возможности стипулировать на имя другаго лица sui juris, и такая стипуляція не дѣлаетъ иной названнаго другаго субъектомъ обязательства [2]),—то какъ быть, чтобъ достигнуть этой цѣли въ условіяхъ формализма? Для этого необходимо, чтобъ это другое лицо установило само для себя обязательство. Только тогда, когда каждое изъ двухъ лицъ само за себя стипулируетъ,—тогда мо-

---

дую его догматическому призванію—моральной и психической оцѣнки юридическихъ явленій. И такъ, selbst ist der Mann, и это основное начало самосознающей силы и мужественнаго характера, говоритъ Унгеръ, которое нѣмцы считаютъ своей національной чертой,—это начало ни у одного народа не проведено съ такой желѣзной послѣдовательностью и съ такимъ непреклоннымъ постоянствомъ, какъ у народа римскаго, народа воли по преимуществу. См. эту прекрасную статью въ Jahrbüch. für Dogm. 1869.

1) L. 38 § 17, 19, 20, 22. D. de V. O. L. 123, L. 59, D. de R. I. Ср. еще L. I. C. 4. 27 Ulp. Fr. XIX. 18. L. 126 D. de V. O. L. 1 § 11 D. 49. 4. Гай III, 163 и 164; § 3 и 5. I. 2. 9. Иныя начала для владѣнія, для ноксальныхъ исковъ, для насъ здѣсь не важны Ср. L. 1. C. 4. 24. Гай, II § 95. Pauli R. S. V. 2. 2. Гай, IV, 153, 77, 82 и 83.

2) Выше, полемизируя Фиттинга, мы указали мѣста, въ которыхъ рѣзко выражено различіе понятій correus credendi и solutionis causa adjectus. Множество другихъ мѣстъ, гдѣ эта мысль выражается, знакомы всякому романисту.

жетъ быть достигнута цѣль, которой иначе нельзя достигнуть въ старомъ правѣ, именно сдѣлать другаго способнымъ упражнять всѣ права вѣрителя въ отношеніи къ тому-же должнику. И такъ, простая мысль, которая прежде всего приходитъ въ голову въ виду случаевъ активнаго корреалитета, заключается въ томъ, что здѣсь обѣ стипуляціи установляются съ той цѣлью, чтобъ сдѣлать другаго вѣрителя (persona sui juris) можимъ представителемъ въ отношеніи къ обязательству, котораго субъектъ собственно я. Иначе достигнуть этого, какъ посредствомъ двухъ стипуляцій извѣстнымъ образомъ (корреальнымъ обрядомъ) связанныхъ, нельзя. Отдѣльными отъ этой сдѣлки соглашеніями будетъ, какъ при фидуціарномъ залогѣ, обезпечено право настоящаго, въ матерьяльномъ смыслѣ, вѣрителя, а съ виду, формально, будутъ двѣ стипуляціи и два субъекта.

Что такая цѣль дѣйствительно достигалась такимъ путемъ,—въ этомъ не можетъ быть никакихъ сомнѣній.

Но вотъ еще другой поводъ присоединять въ качествѣ вѣрителя другое лицо къ сдѣлкѣ. Нельзя было стипулировать съ такой прибавкой: post mortem meam dari spondes? ибо inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem [1]). Тогда, чтобъ предупредить недѣйствительность такой стипуляціи, можно было ad id, qvod stipulamur, alium adhibere, qvi idem stipuletur, и это съ той цѣлью, ut is post mortem nostram agat. [2])

Но цѣлями прокуратуры вовсе опять не исчерпывается все, для чего можетъ служить активная корреальность. Мы имѣемъ свидѣтельство того, что duo rei stipulandi и promittendi, независимо отъ двухъ стипуляцій, еще особо дѣлаютъ одинъ другаго прокураторомъ:

> Porro si uni ex reis credendi constitutum sit, isqve alium (procuratorem ins. Vulg.) in

1) Гай III, 100 и 158. L. 12 §. 17 L. 13 L. 27. D. 17. 1.

2) Гай, III, 110, 117, IV, 113. Servus adstipulando nihil agit. Тамъ-же III, 114.

constitutam pecuniam det, non negabimus posse dare. Sed et ex duobus reis promittendi alter alterum ad defendendum procuratorem dabit. [1])

Возможно было также для цѣлой делегаціи конструировать активно-корреальное обязательство. [2])

Iering, въ виду того, что мандатъ прекращается смертью манданта, предполагаетъ, что лица часто должны были обращаться къ постановкѣ уполномоченнаго въ обязательствѣ формально какъ самостоятельнаго субъекта. Лица заинтересованныя въ сдѣлкѣ только на долю, въ качествѣ участниковъ, являлись формально субъектами ея in solidum. При маломъ кругѣ [3]) заинтересованныхъ корреальная конструкція замѣняла собою тоже, для чего въ обширномъ кругѣ служила форма юридическаго лица. [4])

Вотъ цѣлый рядъ *возможныхъ цѣлей* для которыхъ была пригодною корреальная конструкція. Исчерпываются ли, однако, этимъ перечисленіемъ всѣ операціи, для которыхъ средствомъ можетъ служить сопоставленіе двухъ одновременныхъ стипуляцій на idem? Мы не разсчитывали на это. Указывая на множество *возможныхъ цѣлей* этого сопоставленія мы искали только опредѣлить его природу. Оно есть по существу своему совершенно отвлеченное, не принаровленное вовсе для какой либо именно данной, конкретной цѣли. Если простая стипуляція представляетъ собою отвлеченную отъ всякой матерьяльной causa общую формулу обязательства, которую Куяцій метко назвалъ pandectae omnium contractuum, то корреалитетъ, въ его основной формѣ, есть такого-же характера совершенно *абстрактное, всесодер-*

---

1) L. 42 § 5 D. 3. 3.

2) Arg. L. 59 pr. D. 23. 3.

3) Не двое, а многіе correi встрѣчаются часто см. напр. L. 16 pr. и § 1 D. 46. 4.

4) Geist, III, стр. 211 и слѣд., изд. 1865 г., отсюда же пошло развитіе исковъ adjectitiae qualitatis.

жащее сопоставленіе двухъ стипуляцій, способное служить для всевозможныхъ цѣлей оборота съ требованіями. Если открытіе отвлеченныхъ формулъ, опредѣленіе математическихъ линій договорнаго права составляетъ вообще заслугу квиритскаго генія, то нигдѣ это не очевидно въ такой мѣрѣ какъ въ этомъ *отвлеченномъ сопоставленіи двухъ одновременныхъ стипуляцій на* idem, *изъ которыхъ каждая есть абсолютно равная другой и вмѣстѣ заключающая въ себѣ всѣ элементы самостоятельнаго обязательственнаго отношенія для каждаго изъ двухъ вѣрителей или для каждаго изъ двухъ должниковъ.*

Обрядъ, описанный нами выше столь простъ, и между тѣмъ въ этомъ простомъ обрядѣ, разрѣшена одна изъ самыхъ трудныхъ проблемъ, какія когда либо представлялись юридической мысли. Много разъ является необходимость для юридическихъ операцій мыслить на одномъ и томъ-же матерьяльномъ субстратѣ двѣ отвлеченныя функціи. Всего чаще въ римскомъ правѣ мы встрѣчаемъ этотъ способъ дѣйствія по отношенію къ рабу, который есть одинъ, но, въ извѣстныхъ условіяхъ, выполняетъ юридическія функціи двухъ рабовъ. Тогда юристы говорятъ, что этотъ одинъ рабъ составляетъ какъ бы двухъ, qvasi duo servi sunt [1]). Но здѣсь абстракція не выработана вовсе у классиковъ до полнаго пластическаго выраженія ея въ юридическомъ образѣ. Въ корреалитетѣ два обязательства суть два настоящіе, подлинные объекта гражданскаго оборота, и они оба сопоставлены такъ, что каждое можетъ служить для всѣхъ цѣлей, для которыхъ служитъ отдѣльное обязательство, если его субъектомъ будетъ то одно, то другое, то третье лицо. Здѣсь отвлеченіе отъ конкретныхъ цѣлей оборота произведено такъ, что оно, выражаясь словами Бэра, какъ алгебраическая формула, со-

---

1) Ср. мѣсто изъ Юліана, L. 81 § 1 D. de legat. I и L. 15 D. 45. 3., гдѣ находимъ названіе conservus соотвѣтствующее этимологически названію correus.

храняетъ всѣ результаты, не разрушая элементовъ. Римскіе кантаторы формулъ умѣли отыскать эту тайну отвлеченнаго сопоставленія двухъ стипуляцій, снявъ съ обѣихъ только одинъ признакъ, признакъ времени возникновенія каждой. Въ этомъ видѣ онѣ явились въ первый разъ какъ выраженіе способности обязательства функціонировать въ оборотѣ со всѣми свойствами матерьяльныхъ вещей. Простая абстрактная сдѣлка, для которой не нужно ничего кромѣ слова, становится годной для безчисленныхъ особыхъ матерьяльныхъ юридическихъ и денежныхъ операцій, кредита, перевода долга, уступки требованій, делегаціи, полномочія и проч. Въ этомъ центральномъ пунктѣ сходятся всѣ черты и всѣ свойства одинокой абстрактной стипуляціи, и отсюда открываются пути ко всевозможнымъ сложнымъ сдѣлкамъ, позже получившимъ спеціальныя примѣненія въ торговыхъ товариществахъ, въ ученіи о цессіи, о прокуратурѣ, объ actio utilis, о поручительствѣ и. т. д. И если англичане считаютъ возможнымъ своихъ conveyancers называть Ньютонами, то мы, вопреки насмѣшливымъ намекамъ передоваго человѣка падающей республики, съ бо́льшимъ основаніемъ можемъ въ творцахъ стараго права отмѣтить признаки универсальнаго математическаго генія.

Угадалъ ли Фиттингъ въ этомъ простомъ обрядѣ его скрытую силу?—Нѣтъ. Онъ смѣшалъ лицо, которое присоединяется къ обязательству solutionis causa, какъ касса, какъ кошель, съ субъектомъ обязательства, которому не только уплатить можно, но который способенъ упражнять всѣ права настоящаго вѣрителя. Онъ нашелъ, что сопоставленіе двухъ лицъ и двухъ вещей въ обязательствѣ составляютъ взаимно объясняющія одно другое явленія!

Увидѣлъ ли Риббентропъ природу двухъ обязательствъ (naturam obligationum duarum) [1]), всѣ отвлеченныя функціи двухъ стипуляцій въ одной сдѣлкѣ? Нѣтъ,

---

1) Юліанъ, Ульпіанъ L. 5 .D. 46. 1.

онъ не могъ освободиться отъ впечатлѣній матеріи, и обязательство корреальное осталось у него всё таки одно.

Чѣмъ объяснить эту роковую ошибку? Мы не можемъ объяснить ее себѣ ничѣмъ инымъ, какъ тѣмъ минусомъ или плюсомъ, которымъ германскій геній отличается отъ римскаго генія.

II Моменты, индивидуализирующіе обязательства, поставленныя въ корреальную связь.

Пока цѣль установленія корреалитета не достигнута еще, пока стороны тѣмъ или инымъ специфическимъ для этого способомъ (о чемъ позже) не прекратили существованія описанной нами конструкціи, до тѣхъ поръ каждое отдѣльное обязательство можетъ, или по волѣ лицъ или независимо отъ ихъ воли, испытывать на себѣ различныя вліянія, какимъ вообще подлежатъ обязательства. Мы здѣсь разсмотримъ только тѣ изъ нихъ, которыя особенно характерны для природы изучаемаго нами явленія, и ближайшимъ образомъ въ условіяхъ первоначальнаго формализма [1]).

И такъ, оба вѣрителя или оба должника могутъ или изначала, или впослѣдствіи, стать въ отношенія товарищества, societas,—тогда это correi socii,—и съ этимъ вмѣстѣ всѣ специфическія особенности товарищества оказываютъ тотчасъ, по законамъ этого матерьяльнаго контракта, вліянія очень существенныя на различныя функціи корреалитета. Мы не будемъ слѣдить за видоизмѣненіями абстрактнаго сопоставленія двухъ стипуляцій въ связи съ законами товарищества, тѣмъ болѣе что и самый контрактъ не есть ранняго образованія [2]). Павелъ говоритъ:

---

1) Подробное изученіе всѣхъ явленій такого рода можетъ включить въ себѣ всѣ такъ называемыя общія ученія объ обязательствахъ.

2) См. особен. L. 3 § 3 и 4. D. 34. 3. Также L. 9 § 1 D. h. t. L. 25 pr. D. de pactis. 2. 14. L. 29 in fine D. 34. 3.

Semper enim non id, qvod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed qvod societati expedit [1]).

Природа отношеній обоихъ вѣрителей или должниковъ остается таже, но въ извѣстной степени функціи той или другой стипуляціи измѣняются вслѣдствіе заключенія однимъ изъ вѣрителей или съ однимъ изъ должниковъ особаго соглашенія о неупражненіи его права въ процессуальномъ порядкѣ. Явленіе есть тоже позднѣйшее. Источники разсматриваютъ его всего чаще въ связи съ societas. [2]). Такія соглашенія облекаются въ форму pactum de non petendo. Но возможность присоединенія къ той и другой стипуляціи особаго соглашенія такого рода есть важное свидѣтельство въ пользу независимаго исковаго характера каждой стипуляціи, и поэтому на немъ всегда останавливаются изслѣдователи нашего вопроса.

Если вѣритель заключилъ pactum съ однимъ изъ должниковъ (пассивная корреальность), то понятнымъ образомъ дѣйствіе его можетъ простираться только на ихъ обязательство, отдѣльно, развѣ ихъ интересы поставлены въ извѣстную степень безразличія отношеніями товарищества. Тогда, по свидѣтельству Юлія Павла,

in rem pacta omnibus prosunt, qvorum obligationem dissolutam esse, ejus, qvi paciscebatur, interfuit [3]).

Для корреалитета активнаго и это различіе между pactum de non petendo in rem и in personam не важно, и дѣйствіе его всегда относится только къ одной стипуляціи [4]).

---

1) L. 65 § 5. D. 17. 2.
2) См. привед. сейчасъ для societas мѣста.
3) L. 21 § 5 D. 2. 14.
5) L. 27 pr. D. 2. 14 и L. 93 pr. D. 46. 3. Ср Вангерова, Lehrbuch, изд. 7-е обширное примѣчаніе, т. III, отд. 1., стр. 94.

Далѣе, въ чемъ будетъ заключаться это дѣйствіе простаго уговора на стипуляцію? Мы выше привели слова Павла: in stipulationibus jus, in pactis factum versatur [1]). Дать какую либо силу такому фактическаго характера уговору цивильное право не можетъ [2]). Вліянія на конструкцію корреалитета въ его чистомъ видѣ pactum никогда не оказываетъ никакого. Единственный путь, которымъ можно было противодѣйствовать иску,— это преторская форма эксцепціи, которая не поражала необходимо исковой основы права и давала только средство защиты paciscent'у. Сама корреальная конструкція оставалась нетронутой [3]):

> qvia posterior conventio, qvae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, qvae duos initio reos fecit, mutare non potest (Папиніанъ, L. 9 § 1 D. h. t.)

Совершенно иное для поручительства: здѣсь точка зрѣнія матерьяльная постоянно способна взять верхъ надъ формальной и оказать такое-же вліяніе на связь обязательствъ, какое оказываетъ societas (см. приведен. выше мѣсто изъ Юлія Павла) [4]). Едва ли можно встрѣтить въ источникахъ болѣе любопытное сочетаніе противуположеній дѣйствія pactum de non petendo съ акцептиляціей, стало быть, съ формальнымъ актомъ, съ одной

Толкованіе на текстъ Юлія Павла Л. 27 pr. Д. 2. 14 у Савиньи, стр. 174, у Demangeat, 52 и здѣсь указ. мѣста. Множество ссылокъ у Вангерова можно объяснить себѣ только тѣмъ, что руководство составлялось и переиздавалось десятки лѣтъ, при чемъ авторъ всегда удерживалъ прежнія ссылки, хотя часто онѣ уже теряли всякую цѣну.

1) L. 27 § 2. D. 2. 14.

2) Ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur. Pauli R. S., II, 14. 1.

3) Какъ въ этомъ отношеніи различны обязательства корреальное и альтернативное см. L. 27 § 6 D. 2. 14. Для exceptio doli противъ стипуляціи см. L. 14 § 2 D. 44. 2. L. 2 § 3 D. 44. 4.

4) L. 21 § 5. L. 32. D. 2. 14.

стороны, и потомъ—пригодности того и другаго для чистаго корреалитета и для корреалитета видоизмѣненнаго товариществомъ, какъ то, которое даетъ намъ Ульпіанъ. Рѣчь идетъ о легатѣ, которымъ завѣщатель приказываетъ освободить своего должника (liberatio legata):

> Nunc de effectu legati videamus; et si qvidem mihi liberatio sit relicta, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed etsi cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo conseqvar, non ut accepto liberer, ne etiam correus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed qvid si socii fuimus? Videamus ne per acceptilationem debeam liberari, alioqvin, dum a correo meo petitur, ego inqvietor. Et ita Iulianus libro trigesimo secundo Digestorum scripsit, si qvidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per accep ilationem. [1])

Цѣль, съ которой производилась такая liberatio при корреалитетѣ, могла быть столь-же многоразлична, какъ и та, для которой установлялся корреалитетъ. Прибавимъ еще, что тестаторъ могъ формально этимъ путемъ удовлетворять требованіямъ разныхъ лицъ, которыхъ онъ обязанъ былъ имѣть въ виду въ своемъ тестаментѣ.

На чемъ держится это различіе средствъ выполненія легата въ обоихъ случаяхъ? На различномъ отношеніи двухъ обязательствъ въ чистомъ корреалитетѣ (совершенно абстрактномъ) и въ корреалитетѣ, видоизмѣненномъ товариществомъ или поручительствомъ (матерьяльно характеризованномъ). Въ первомъ случаѣ воля можетъ быть выполнена только чисто формальнымъ

---

1) L. 3. § 3. D. 34. 3.

образомъ, ибо въ самомъ отношеніи не дано никакихъ указаній на его матерьяльную основу. Во второмъ случаѣ должны быть необходимо приняты во вниманіе именно матерьяльные моменты, и воля выполняется прямо въ виду ихъ. Освобождая содолжника—товарища или главнаго должника посредствомъ pactum, я effectu не выполнилъ вовсе отказа, ибо оставилъ себѣ возможность косвенно, преслѣдуя поручителя или другаго должника, все-таки взыскать съ легатара. Въ отношеніи къ поручительству, понятно, такой косвенный способъ дѣйствія имѣетъ мѣсто только тогда, когда у поручителя есть регрессъ, и если онъ ручался дара ради или suo nomine, тогда достаточно простаго pactum, чтобъ выполнить легатъ. [1])—Все значеніе pactum de non petendo, вовсе не аффицируя силы стипуляціи, можетъ быть устранено обратнымъ уговоромъ, ut eam pecuniam petere liceat.

Оба обязательства могутъ далѣе индивидуализироваться присоединеніемъ къ тому или другому акцессорныхъ стипуляцій или залоговъ. Вопросъ собственно имѣетъ только экономическое значеніе для вѣрителя. То или другое обязательство становится болѣе гарантированнымъ. Но для насъ важно прослѣдить отношеніе обѣихъ стипуляцій на этомъ именно вопросѣ, ибо здѣсь всего очевиднѣе особность существованія каждой. Если бы корреальное обязательство составляло unam

---

1) L. 29 D. 4. 8. L. 5 pr. D. 34. 3. L. 25 pr. (Вангер. стр. 95) L. 24. D. 2. 14. L. 71 § 1 D. 46. 1. Разрѣшается ли обязательство посредствомъ acceptilatio, или pactum de non petendo дѣйствуетъ съ этой силой, или въ пользу того и другаго,—въ результатѣ будетъ одно и тоже. Естественно, что чѣмъ больше видоизмѣнялась формальная сила стипуляціи,—тѣмъ безразличнѣе становилось отношеніе къ вопросу о способѣ дѣйствія при тождествѣ результата. L. 34 § 11. D. 46. 3 (Фиттингъ, стр. 208 иначе). Положеніе корреальнаго должника pro te (L. 45 § 3 D. 17. 1.) есть также матерьяльно характеризованное, какъ обязательство поручителя (см. выше). Оба института заимствуютъ одинъ изъ другаго извѣстные элементы обратно своей подлинной природѣ, понятнымъ образомъ, со всѣми консеквенціями.

obligationem, какъ этого хочетъ большинство,—то всего естественнѣе было бы ожидать, что личные представители обязательствъ будутъ разсматриваемы только какъ средства для этой единой матерьяльной цѣли, и все, чѣмъ усиливается благонадежность одного должника, будетъ служить обеспеченіемъ общаго обязательства. Источники даютъ, однако, совершенно обратный отвѣтъ. Выше мы видѣли, что каждый изъ должниковъ можетъ поручиться за другаго, и тогда онъ будетъ уплачивать, отвѣчать на судѣ и т. д. или suo или alieno nomine, или по своему или по чужому обязательству.[1]) Совершенно также отдѣльно къ каждому обязательству присоединяются и посторонніе лица въ качествѣ поручителей. Папиніанъ, разсматривая вопросъ объ отвѣтственности поручителей по тому и другому обязательству, высказываетъ именно, что поручители должны быть также разсматриваемы какъ отдѣльно обязанные, какъ и сами должники.

> Duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt; invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos duntaxat, qvi pro singulis intervenerunt; plane si velit actionem suam inter omnes dividere, non erit prohibendus, non magis, qvam si duos reos pro partibus conveniret.[2])

И такъ, это одна только изъ возможностей, для которыхъ способны служить оба обязательства. Самимъ

---

1) Какъ важно это различіе—отчасти мы видѣли выше. Приданое будетъ совершенно инымъ, далъ ли его отецъ отъ себя, или въ качествѣ поручителя L. 5 § 6 и 7 D. 23. 3. Есть лица (подвластныя), которыя не могутъ за другаго ручаться, но могутъ быть duo rei. Есть лица, которыя могутъ должать, но не могутъ интерцедировать. Ср. къ тѣмъ мѣстамъ, которыя мы привели выше для поручительства, еще отмѣченныя нами при чтеніи источниковъ слѣдующія: L. 41 pr. L. 32. D. 46. 1. L. 4. D. 3. 5. L. 47. L. 59 D. 12. 6. L. 29 D. 4. 8. L. 1 § 8 D. 44. 5. L. 28. C. 8. 41. Pauli R. S. I, 20, 1. L. 3 § 1 D. 42. 6.

2) L. 51 § 2 D. 46. 1.

корреальнымъ отношеніемъ оба обязательства вовсе не связаны такъ, чтобъ поручители по одному силой объективнаго единства обязательства становились необходимо и поручителями по другому. [1])

Съ другой стороны, тоже самое лицо можетъ по каждому изъ обязательствъ отдѣльно взять на себя поручительство, и не смотря на то, что это будетъ одно лицо и что оно ручается за каждаго изъ двухъ должниковъ въ той-же суммѣ, оба поручительства разсматриваются все-таки какъ отдѣльныя обязательства. Въ высшей степени тонкое указаніе на практическую важность этого различія дѣлаетъ Африканъ въ слѣдующемъ мѣстѣ:

> Qvum et tu et Titius ejusdem pecuniae rei essetis, eum, qvi pro te fidejussit, posse et pro Titio fidejubere, respondit, qvamvis eandem pecuniam eidem debiturus sit.

И такъ, поручитель за того и за другаго будетъ два раза долженъ одному и тому-же лицу туже сумму. Какой-же смыслъ этой двойственности основаній? Африканъ продолжаетъ:

> Nec tamen inanem eam creditori futuram, nonnullis enim casibus emolumentum habituram, veluti si ei, pro qvo ante fidejussisset, heres existat; tunc enim confusa prima obligatione posteriorem duraturam. [2])

Мы разсмотримъ далѣе другіе моменты, фактическаго характера, отчасти составляющіе акты воли, отчасти случайные, которые тоже оказываютъ вліяніе на

---

1) Это столь-же мало необходимо, какъ и прокуратура одного вѣрителя за другаго. Прокураторъ по обязательству другаго корреальнаго вѣрителя или должника не есть procurator in rem suam.

2) L. 21 § 4. D. 46. 1.

каждое обязательство особо, вовсе не дѣйствуя на другое.

Прежде всего mora одного изъ должниковъ. Этотъ вопросъ, всвязи съ вопросомъ о culpa, есть одинъ изъ самыхъ спорныхъ во всей литературѣ корреалитета [1]) Причина спора и, съ точки зрѣнія экзегезы *отдѣльныхъ мѣстъ*, до сихъ поръ не достижимаго соглашенія заключается въ томъ, что мы имѣемъ дѣло съ двумя текстами, которые служатъ выраженіемъ совершенно различныхъ принциповъ.

И такъ, по вопросу о дѣйствіи просрочки Юлій Павелъ говоритъ прямо слѣдующее:

> Unicuiqve sua mora nocet, qvod et in duobus reis promittendi observatur. [2])

Точно также Марціанъ:

> Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. [3])

Во множествѣ мѣстъ, касающихся собственно поручительства, руководящій принципъ въ рѣшеніяхъ о mora и culpa одинъ и тотъ-же. [4]) Между тѣмъ Помпоній въ самомъ общемъ смыслѣ рѣшаетъ вопросъ о послѣдствіяхъ дѣянія одного изъ содолжниковъ для обязательства другаго, выходя повидимому изъ совершенно противуположнаго принципа:

> Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri qvoqve nocet. [5])

---

1) Указанія на старую литературу см. отчасти у Риббентропа, стр. 29, примѣч. 8, отчасти у Demengeat, стр. 375 и слѣд.; новая литература у Вангерова, стр. 63.

2) L. 173 § 2 D. 50. 17.

3) L. 32 § 4 D. 22. 1.

4) L. 23. D. de V. O. (тоже Помпонія) L. 49 pr. и § 1 L. 88. 1. L. 91 § 3, 4 и 5. (мѣсто изъ Павла съ указаніемъ на Помпонія и на спорный характеръ вопроса) L. 105 D. eod L. 24 § D. 22. 1. L. 32 § 5 D. eod.

5) L. 18 D. h. t.

Понятно, какую поддержку хочетъ найти себѣ въ этомъ положеніи теорія единства корреальнаго обязательства. Если бъ это мѣсто стояло одиноко и представляло собою въ самомъ дѣлѣ вполнѣ выдержанное общее начало, то согласовать его съ нашимъ взглядомъ на корреалитетъ какъ на совокупность двухъ обязательствъ было бы невозможно. Ни того, ни другаго однако нѣтъ въ данномъ случаѣ.

Прежде всего мы находимъ частныя рѣшенія, которыя прямо должны были бы подходить подъ этотъ принципъ, но которыя совершенно ему противорѣчатъ, такъ что намъ необходимо во всякомъ случаѣ по крайней мѣрѣ ограничить его общій смыслъ. У Юлія Павла читаемъ:

> Si duo rei stipulandi sint, et uni debitor judicio se sisti cum poena promiserit, alter autem impedierit, ita demum exceptio adversus alterum danda est, si socii sint, ne prosit ei dolus propter societatem [1].

Отчего въ вопросѣ объ обѣщаніи раба иначе? Выдерживаетъ ли здѣсь юристъ строгую послѣдовательность юридическимъ принципамъ цивильнаго права, или быть можетъ, Помпоній даетъ свое рѣшеніе прямо противно разуму строгаго права, contra tenorem juris civilis въ виду какихъ либо особыхъ соображеній? Отступленіе отъ ригоризма встрѣчается многократно въ вопросахъ подобнаго рода.

> Et Celsus adolescens scribit, eum, qvi moram fecit in solvendo Sticho, qvem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo; esse enim hanc qvaestionem de bono et aeqvo; in qvo genere plerumqve sub auctoritate juris scientiae perniciose, inqvit, erratur [2].

---

1) L. 5 pr. D. 2. 11.

2) L. 91 § 4 D. de V. O. Ср. также текстъ дальше (въ словахъ par utriusqve causa sit—нѣтъ ли указанія на корреали-

Здѣсь строгость является смягченной началами эквитета. Въ нашемъ случаѣ совершенно обратно. Вмѣсто того чтобъ каждый изъ должниковъ терпѣлъ на своемъ обязательствѣ только послѣдствіе своего дѣянія, оба отвѣчаютъ другъ за друга какъ будто они сообщники, хотя этого именно не сказано. *Какой поводъ?* Какія особенности находимъ именно въ данномъ вопросѣ? Разсмотримъ предметъ сдѣлки: два лица промиттируютъ раба Стиха, и засимъ одинъ изъ промиттентовъ совершаетъ нѣчто, за что юристъ хочетъ, чтобъ они оба отвѣчали передъ вѣрителемъ. Послѣдствія должны пасть на обоихъ. Едва ли можно сомнѣваться, что здѣсь есть позитивный, штрафной элементъ, что юристъ хочетъ достигнуть той цѣли, которая выше (L. 5 pr. D. 2. 11) была выражена въ отношеніи къ другому случаю,—ne prosit ei dolus propter societatem, хотя товарищество вовсе не показано какъ основаніе такой отвѣтственности. Поводъ прилагать здѣсь позитивно, въ качествѣ презумціи, тѣ начала, которыя имѣютъ мѣсто только для correi socii, заключается, по нашему мнѣнію, въ томъ, что предметъ сдѣлки есть рабъ, а работорговцы составляли одіозный классъ людей, и противъ нихъ именно законъ и практика допускала совершенно особыя мѣры, которыхъ основаніе заключалось не въ правѣ, не въ юридическихъ принципахъ, а лищь въ этомъ особомъ взглядѣ на ихъ ремесло. Прямое свидѣтельство на этомъ смыслѣ даетъ намъ Юлій Павелъ:

> Justissime Aediles noluerunt, hominem ei rei, qvae minoris esset, accedere, ne qva f r a u s a u t E d i c t o a u t j u r i c i v i l i fieret, ut ait Pedius, propter dignitatem hominum...... § 1. Proponitur actio ex hoc Edicto in eum, cujus maxima pars in venditione fuerit, qvia p l e r u m q v e

---

тетъ? Ср. L. 25 pr. D. 42. 8). Еще напр. мѣсто изъ Папиніана: neqve enim ratio juris damno debet afficere creditorem, qvi sibi diligenter prospexerat L. 3 pr. D. 42. 6.

venaliciarii ita societatem coëunt, ut qvidqvid agunt, in commune videantur agere. Aeqvum enim visum est vel in unum ex his, cujus major pars, aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emtor cum multis litigare, qvamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione qva socii fuerunt; nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est [1]).

Если принципъ, выраженный въ разсматриваемомъ фрагментѣ Помпонія (18 h. t.), находится въ прямомъ противорѣчіи съ другими рѣшеніями, если другія мѣста носятъ на себѣ несомнѣнно гораздо болѣе общій характеръ (L. 173 § 2 L. 161 D. de R. J.), чѣмъ это, если въ вопросахъ о торгѣ рабами допускались aeqvitatis causa прямыя отступленія отъ юридической консеквентности, то въ правѣ-ли мы давать отрывочному свидѣтельству Помпонія рѣшающее значеніе для вопроса о природѣ корреальнаго обязательства? Въ правѣ-ли мы сказать—если въ корреальныхъ стипуляціяхъ, которыхъ предметъ составляетъ рабъ, дѣйствіе одного изъ промиттентовъ влечетъ за собой отвѣтственность и для другаго, то тоже самое должно имѣть мѣсто и для всякаго другаго обязательства, независимо отъ предмета обѣщанія? Мы думаемъ, что это будетъ прямой ошибкой, что данный случай долженъ быть разсматриваемъ какъ особый, какъ сингулярный, заключающій въ себѣ самомъ свое объясненіе и не способный служить средствомъ для раскрытія общихъ началъ, [2]) развѣ въ качествѣ аргумента a contrario для прямо противуположныхъ заключеній въ иныхъ случаяхъ. Въ этомъ смыслѣ, мы считаемъ попытку Bekker'а и Фиттинга произвести

---

1) L. 44. D. 21. 1.

2) Qvod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad conseqventias L. 14 D. 1. 3.

емендацію текста совершенно ошибочной [1]). Текстъ, такъ какъ онъ есть, имѣетъ за себя всю несомнѣнную достовѣрность подлиннаго. Заключеніе, къ которому онъ насъ приводитъ, есть прямо противное господствующей теоріи. Не оттого Помпоній хочетъ, чтобъ одинъ промиттентъ отвѣчалъ за дѣйствія другаго, что обязательство корреальное есть obligatio communis или una eademqve у обоихъ, ибо иначе тоже встрѣчалось бы во всѣхъ рѣшеніяхъ, а оттого, что въ данномъ случаѣ есть особыя причины, побуждающія отступить отъ юридической логики, дѣйствовать прямо противно ей.

Мы покончили такимъ образомъ съ одной изъ *сильнѣйшихъ* опоръ теоріи унитета, и переходимъ теперь къ тому вопросу, который всегда составлялъ ея *слабѣйшую* сторону. Это вопросъ о вліяніи, которое оказываетъ confusio на отдѣльныя обязательства, входящія въ составъ корреалитета. Вопросъ самъ по себѣ не есть, однако, легко рѣшаемый, по крайней сложности явленій римскаго наслѣдственнаго права, съ которымъ мы приходимъ здѣсь въ соприкосновеніе [2]). Мы ду-

---

1) Перемѣна въ текстѣ, которую предлагаетъ Фиттингъ, въ виду L. 5 C. 8. 40., есть небольшая, но очень рѣшительная. Слѣдуетъ-де читать: alterius factum alteri non nocet. Если унитаристы предложатъ имъ взять это non напр. изъ текста Марцелла (L. 32 § 4 D. 32. 1.), то мы будемъ въ рѣшительномъ проигрышѣ. Bekker (по чужой ссылкѣ) думаетъ читать вмѣсто—ex duobus reis promittendi factis,—ex duobus reis promittendi sociis. Ни въ какихъ чтеніяхъ этого мѣста не встрѣчается никакихъ намековъ на возможность такой перемѣны. При нашемъ толкованіи чѣмъ тверже стоитъ принятый текстъ, тѣмъ лучше.

2) Фиттингъ оказалъ рѣшительную заслугу внимательнымъ изслѣдованіемъ вопроса въ видахъ опроверженія господствующей теоріи. Мы однако будемъ держаться вдали отъ его изложенія, ибо нѣтъ никакой возможности русскому ученому, а главное русской публикѣ, слѣдить за всѣмъ развитіемъ литературнаго движенія вопроса, какъ оно происходитъ на мѣстѣ, со всѣми свойственными минутѣ интересами торжества надъ только что выраженнымъ инымъ мнѣніемъ или просто преимущества лучшей аргументаціи мнѣнія и прежде высказаннаго, но слабо поддержаннаго. Можно желать этой живости обмѣна мыслей, какую мы видимъ въ Герма-

маемъ, что тѣ различія мнѣній, которыя встрѣчаются въ подлежащихъ изученію текстахъ, составляютъ только послѣдствія двойственности институтовъ наслѣдственнаго права, съ которой встрѣчались юристы въ жизни. Это различіе мнѣній не измѣняетъ впрочемъ вовсе результатовъ дѣйствія конфузіи на корреальное обязательство. Какъ бы она ни дѣйствовала, съ силой формальнаго или матерьяльнаго акта,—все равно—при сліяніи правъ вѣрителя съ правами должника въ одномъ лицѣ только одно обязательство прекратится, а другое останется въ силѣ,—при сліяніи правъ двухъ вѣрителей или двухъ должниковъ въ одномъ лицѣ, оба требованія или оба обязательства продолжаютъ существовать отдѣльно. Вопросъ вовсе не въ этомъ. Объ этомъ никто не споритъ. Вопросъ только въ томъ, въ силу чего confusio производитъ извѣстныя послѣдствія, и именно это одно составляетъ предметъ разногласія.

И такъ, мы продолжаемъ здѣсь слѣдить за явленіями индивидуальной жизни каждаго изъ обязательствъ [1]) Возможно, во время продолжающаго существовать корреалитета, что между двумя лицами, входящими въ это отношеніе, произойдетъ совершенно случайно, по началамъ институтовъ наслѣдственнаго права (объ этомъ только мы и будемъ говорить), сліяніе права и обязанности, или двухъ правъ и двухъ обязанностей въ одномъ

ніи, для нашей печати, но репродуцировать исторію этихъ процессовъ мы не беремъ на себя, тѣмъ менѣе въ данномъ случаѣ, что точка зрѣнія, которую мы проводимъ, дѣлаетъ для насъ возможнымъ болѣе простой выходъ изъ недоразумѣній и спорныхъ вопросѣ, чѣмъ это представляютъ предшествующія попытки.

1) Конечно теорія унитета говоритъ здѣсь о прекращеніи только субъективныхъ отношеній. Полагаемъ, что теперь представляется уже больше удобства, чѣмъ въ началѣ, спросить,—какимъ же юридическимъ понятіемъ опредѣлить этотъ совершенно неюридическій терминъ—*только субъективныхъ отношеній?* Неужели это не обязательство? Субъективное отношеніе, по которому дается искъ, о которомъ можно заключить pactum de non petendo, по которому принимаются поручители,—что-жъ это за отношеніе, если это не обязательство?

лицѣ. Такое сліяніе и его дѣйствіе должно быть здѣсь разсмотрѣно не по отношенію только къ лицамъ, между которыми оно произошло, но и по отношенію къ третьему лицу.

Сперва о дѣйствіи сліянія, когда оно происходитъ между двумя вѣрителями или должниками. На этотъ счетъ источники даютъ намъ открытый отвѣтъ. У Ульпіана, съ указаніемъ на Юліана, читаемъ:

> item si reus stipulandi extiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit [1])

Тоже, почти буквально, повторяетъ Венулей. [2])

Въ отношеніи къ пассивному корреалитету у обоихъ писателей встрѣчаемъ туже мысль:

> Si reus promittendi altero reo heres extiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est. Reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. [3])

Основанія, на которыхъ держатся эти мнѣнія, суть здѣсь существеннымъ образомъ *отрицательнаго* характера. Не видно, говоритъ тотъ и другой, вслѣдствіе чего одно изъ обязательствъ должно консумировать другое, и оба приводятъ въ параллель случаи, гдѣ можетъ быть виденъ, ясенъ резонъ для консумціи одного обязательства другимъ, именно въ поручительствѣ, когда главный должникъ наслѣдовалъ поручителю:

> nam ubi qvidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fidejussore et reo principali, constitit alteram ab altera perimi; qvum vero duae ejusdem sint potesta-

1) L. 5 D. 46. 1.
2) L. 13 D. h. t.
3) Тамъ-же, ср. еще L. 93 § 1 и 2 D. 46. 3.

tis sint, non potest reperiri, alteram potius qvam alteram consummari (Венулей, тамъ-же).
Julianus ait, eum, qvi heres extitit ei, pro qvo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo qvasi heredem rei teneri (тамъ-же).

Но и *положительнаго характера* основанія есть несомнѣнно для того, чтобъ недопускать конфузіи, слитія обоихъ обязательствъ въ одно при корреалитетѣ, и эти основанія даетъ намъ Сцевола.

Мы видѣли выше, что каждое изъ обязательствъ ejusdem potestatis, способно индивидуализироваться. Моментовъ обособленія можетъ быть много. Сцевола имѣетъ въ виду одинъ изъ нихъ, pactum de non petendo, и съ этой точки зрѣнія отвѣчаетъ на вопросъ:

Si duo rei sint stipulandi, et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio. Placet non confundi. Qvodsi intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, qvod heres extitit, vel ideo, qvod proprio nomine ei deberetur. Atqvin magna est hujus rei differentia: nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is qvi heres extitit, utrumne suo nomine, an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit, nec ne. [1])

Несомнѣнно, что не въ одномъ этомъ отношеніи могло быть практически важно различить duas species obligationis въ одномъ лицѣ, а точно также въ отношеніи большей благонадежности того или другаго долга, ибо, какъ мы сейчасъ это видѣли, поручитель по одному обязательству не былъ eo ipso поручителемъ и по другому.

---

1) L. 93 pr. D. 46. 3.

Въ вопросѣ о конфузіи снова видимъ тотъ [illegible] у классиковъ [illegible]. Здѣсь опять также [illegible] стремленіе обоихъ институтовъ развиться въ разныя направленія. Въ первомъ постоянно выдерживается черта формализма и отвлеченности; во второй также [illegible] противуположная тенденція. Источники сохранили намъ указаніе на старую [illegible], который указываетъ, что Сабинъ, qui [illegible] intestatur, quam [illegible] [1], думалъ, что обязательства главнаго должника и поручителя должны слиться въ одно вслѣдствіе наслѣдованія одного другимъ, а Прокулъ былъ другаго мнѣнія [2]. Гай еще повторяетъ старую логику, что разные виды поручителей не могутъ такъ принимать на себя обязательство, ut plus debeant quam debet is, pro quo obligantur, nec plus in accessione esse potest quam in principali re; но за minus обязательство fidejussor'а можетъ итти [3]. И съ этой точки зрѣнія разрѣшается вопросъ о сліяніи, т. е. меньшее обязательство всегда и необходимо поглощается большимъ. Что больше и что меньше сначала рѣшаетъ одна формальная мѣрка, количество. Еще позже, и эта логика индивидуализируется, примѣняясь къ отдѣльнымъ явленіямъ. У Папиніана [4] находимъ случай, гдѣ obligatio поручителя можетъ быть plenior, чѣмъ обязательство главнаго должника. Если obligatio главнаго должника была только naturalis, то сліяніе въ одно, въ случаѣ наслѣдованія поручителемъ должнику, не произойдетъ. Наконецъ, торжествомъ внутреннихъ началъ справедливости надъ старымъ формализмомъ, вѣнцомъ экипета можетъ служить рѣшеніе того-же Папиніана, который, въ извѣстныхъ случаяхъ, предоставляетъ вѣрителю требовать, чтобъ имущество несостоятельнаго долж-

---

1) L. 2 § 2 D. 41. 4.
2) L. 93 § 3 D. 46. 3.
3) Гай, III, 126.
4) L. 95 § 3 D. 46. 3., съ извѣстной эмендаціей Куяція, ср. Вангер., I. стр. 314, изд. 1863 г., Глюкъ, V, 570.

ника и поручителя, не смотря на confusio, вслѣдствіе котораго поручительство должно было погаснуть, разсматривались розно:

> . neqve enim ratio juris, qvae causam fidejussionis propter principalem obligationem, qvae major fuit, exclusit, damno debet afficere creditorem, qvi sibi diligenter prospexerat [1]).

Мы разсмотрѣли такимъ образомъ случай, гдѣ собственно вслѣдствіе confusio не происходитъ никакой перемѣны съ существомъ обоихъ абстрактныхъ обязательствъ, и оба они продолжаютъ существовать въ одномъ лицѣ совершенно такъ, какъ существовали до сліянія. Вниманіе къ этому явленію было для насъ важно не столько въ виду поставленной нами задачи этого раздѣла, сколько въ виду ложнаго или эвазивнаго отношенія къ нему господствующаго ученія.

Мы переходимъ за симъ къ вопросу о дѣйствіи сліянія, тамъ гдѣ оно въ самомъ дѣлѣ и существеннымъ образомъ вліяетъ на одно изъ двухъ обязательствъ. Мы разумѣемъ возможность сліянія въ одномъ лицѣ, посредствомъ наслѣдованія другому, обѣихъ обязательственныхъ ролей, роли кредитора и дебитора.

Такое явленіе встрѣчается постоянно въ обязательствахъ, независимо отъ того или другаго ихъ строенія. Источники даютъ намъ множество указаній для этого вопроса. Но нигдѣ не испытывается въ такой мѣрѣ точность изслѣдованія вопроса о томъ, *какъ производитъ* confusio *своё* дѣйствіе, какъ здѣсь, при двухъ обязательствахъ ejusdem potestatis, гдѣ недостаточно грубой, матерьяльной точки зрѣнія, чтобъ опредѣлить свойство этого дѣйствія, гдѣ тотчасъ окажется послѣдствіе неправильной квалификаціи этого вліянія на рядомъ стоящемъ обязательствѣ, на интересахъ третьяго лица. При простомъ противуположеніи одного вѣрителя и

---

1) L. 3 pr. D. 42. 6.

одного должника едва-ли возможно какое либо недоразумѣніе по вопросу о дѣйствіи конфузіи, и едва-ли не всё равно (по крайней мѣрѣ въ массѣ случаевъ), какъ мы опредѣлимъ юридически составъ этого понятія, скажемъ ли мы, что обязательство прекратилось за неимѣніемъ вѣрителя, за неимѣніемъ должника, вслѣдствіе предположительной уплаты [1]) и т. д. Юлій Павелъ по этому поводу говоритъ:

> et qvidem si unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fidejussorem, ita et mandatorem liberatum esse;...... ubi successit creditor debitori veluti solutionis jure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel qvia non potest pro eodem apud eundem qvis mandator esse.

Во всякомъ случаѣ нигдѣ вопросъ о *специфическомъ свойствѣ дѣйствія сліянія* не требуетъ такой точности изученія, какъ тамъ, гдѣ надо рѣзко различать способы

---

1) Различіе тотчасъ становится однако опять важнымъ, едва мы будемъ имѣть въ виду различное значеніе акта приступа къ наслѣдству въ римскомъ правѣ. Различіе то формальной, то матерьяльной точки зрѣнія на сліяніе идетъ, понятнымъ образомъ, совершенно параллельно развитію институтовъ наслѣдственнаго права. И такъ confusio не окажетъ вовсе матерьяльнаго дѣйствія, если въ данномъ случаѣ лицо должно было принять наслѣдство лишь для того, чтобъ тотчасъ реституировать его въ качествѣ универсальнаго фидеикоммисса другому. L. 59 pr. L. 73 § 1 и L. 80 D. 36. 1. Тоже самое въ многочисленныхъ вопросахъ по поводу продажи наслѣдства ср. L. 20 § 1 D. 18 4. L. 2 § 8 D. 18. 4. (ср. Виндшейда, Actio, стр. 58 и 59). L. 45 D. 12. 6. Для наслѣдства, которое подлежитъ спору см. L. 95 § 8 D. 46. 3. L. 8 L. 17 L. 18 § 1 D. 34. 9. Различіе экономической и юридической, матерьяльной и формальной точки зрѣнія воособенности въ L. 1 § 18 L. 82 D. 35. 2. Случай реституціи L. 87 § 1 D. 29. 2. Для наслѣдованія въ долѣ напр. L. 50 D. 46. 1. Для confusio между кредиторомъ и должникомъ или поручителемъ L. 21 § 3 § 5 L. 38 § 1 L. 21 § 4 D. 46. 1. L. 34 § 8 L. 43 L. 91 § 3. D. 46. 3. Сингулярное положеніе L. 29 § 1 и 2 D. 49 14.

прекращенія обоихъ обязательствъ отъ способовъ прекращенія каждаго особо.

И такъ, не принимая во вниманіе всѣхъ видоизмѣненій явленія, возможныхъ при различіи комбинацій институтовъ наслѣдственнаго права, мы постараемся найти въ источникахъ указанія на особый характеръ дѣйствія сліянія въ условіяхъ формализма, когда классики имѣютъ прямо въ виду чистую форму корреалитета.

Основное мѣсто, прямо сюда относящееся, принадлежитъ Юлію Павлу. Вотъ оно:

> Sed qvum duo rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter qvoqve liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta, confusa obligatione. [1])

За симъ юристъ выражаетъ свое мнѣніе, которое заключается въ томъ, что обязательство другаго лица должно остаться въ силѣ, и только тотъ, въ лицѣ котораго произошла confusio, выходитъ вслѣдствіе этого изъ отношенія со всѣми къ нему примыкавшими акцессорными обязательствами.

Впрочемъ, специфическаго характера вліянія конфузіи на прекращаемое обязательство Павелъ здѣсь не обозначаетъ прямо, и эта сторона вопроса гораздо ярче освѣщена другими.

Прежде всего Помпоній опредѣляетъ намъ специфическую особенность дѣйствія конфузіи, противупола-

---

1) L. 71 pr. D. 46. 1. Обращаемъ вниманіе на то, что слова an persona tantum exemta указываютъ только на результатъ дѣйствія, а причина дѣйствія выражена тутъ же, въ словахъ—confusa obligatione; посему ученіе, которое здѣсь ищетъ поддержки страннаго положенія, что въ обязательствѣ есть отдѣльныя субъективныя и объективныя отношенія, совершенно неправильно пользуется этимъ мѣстомъ. Именно уничтоженіе *обязательства этого лица* и дастъ въ *результатъ* его свободу, стало быть именно обязательство должно прекратиться, а не иное что. Надо только различать причину и ея послѣдствія,—и тогда все будетъ ясно.

гая этотъ способъ прекращенія обязательствъ другимъ, натуральнымъ, какова уплата, исчезновеніе вещи, и сопоставляя его съ прекращеніемъ обязательствъ формальнымъ, цивильнымъ способомъ, акцептиляціей:

> Verborum obligatió aut naturaliter resolvitur, aut civiliter; naturaliter, veluti solutione.....; civiliter, veluti acceptilatione, vel qvum in eandem personam jus stipulantis promittentisqve devenit [1]).

Папиніанъ, присматриваясь къ возможности самыхъ различныхъ матерьяльныхъ результатовъ конфузіи, говоритъ о простѣйшемъ случаѣ сліянія: jure confundit obligationem [2]). Наконецъ, у Модестина читаемъ:

> Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes perimit actiones, ita et confusio; nam si debitor heres creditori extiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem [3]).

Какая-же причина прекращенія обязательства чрезъ confusio? Въ силу чего она погашаетъ его? Отвѣтъ въ высшей степени простъ,—въ силу того, что послѣ конфузіи существеннѣйшее формальное дѣйствіе стипуляціи не можетъ дальше имѣть мѣста: не на кого больше поставить интенцію, ибо и истецъ и отвѣтчикъ одно и тоже лицо. Формально этого совершенно достаточно, чтобъ не было больше обязательства, и это формальное дѣйствіе имѣетъ мѣсто только тамъ, гдѣ есть его прямая причина, а гдѣ ея нѣтъ, въ обязательствѣ другаго вѣрителя, или другаго должника—тамъ нѣтъ и послѣд-

---

1) L. 107 D. 46. 3.

2) L. 95 § 2 D. 46. 3: nonnunqvam jure confundit,.... aliqvando pro solutione cedit,.... aliqvando evenit, ut inanis obligatio aditione hereditatis confirmetur.

3) L. 75 D. 46. 3.

ствій конфузіи. Сила дѣйствія на слитый долгъ есть абсолютная, форма погашаетъ форму, не оставляя никакого матерьяльнаго резидуума [1]). Это нѣчто совершенно иное, чѣмъ pactum de non petendo, ибо при confusio причиной въ самой стипуляціи лежащей условливается ея исчезновеніе, а при pactum само обязательство остается нетронутымъ, и ему противупоставляется препятствіе чисто внѣшняго характера, внѣ его лежащее.

Едва корреалитетъ является въ какой либо степени матерьялизированнымъ вліяніемъ товарищества, опредѣлившимся характеромъ обеспеченія одного обязательства посредствомъ другаго, указаніемъ на цѣль (correus debendi pro te), какъ все положеніе дѣла становится инымъ, и на вопросъ о дѣйствіи confusio нельзя отвѣчать иначе, какъ всякій разъ въ виду особаго свойства отношенія двухъ данныхъ обязательствъ. Тогда сила формы должна уступить силѣ матерьяльной истины, какая въ данномъ случаѣ будетъ раскрыта.

Повторяемъ еще разъ вопросъ: возможно-ли при совершенно абстрактномъ отношеніи обязательствъ допустить какое либо послѣдствіе уничтоженія одного обязательства для другаго? Мы отвѣчаемъ—нельзя, совершенно такъ, какъ нельзя считать обѣ стипуляціи ничтожными, потому что на одну, при ея установленіи, послѣдовалъ отвѣтъ, а на другую—нѣтъ, neqve enim sub conditione interrogatio in utriusqve persona fit, ut ita demum obligetur, si alter qvoqve responderit [2]). Каждое изъ входящихъ въ составъ сдѣлки двухъ обязательствъ въ себѣ самомъ заключаетъ всѣ условія своего возникновенія, всѣ условія индивидуальнаго существованія и полную возможность индивидуально прекратиться, вовсе и не увлекая за собой рядомъ стоящее обязательство.

---

1) См. существенно таже точка зрѣнія у Фиттинга, и. тутъже совершенно основательная полемика противъ Гиртаннера § 17—22.

2) L. 6 pr. D. h. t.

Намъ остается сказать еще нѣсколько словъ о причинѣ прекращенія обязательства, которая лежитъ не въ перемѣнѣ, касающейся двухъ лицъ, какъ при confusio, а въ перемѣнѣ, ограничивающейся однимъ лицомъ, однимъ должникомъ или однимъ вѣрителемъ. Это capitis deminutio. Интересъ вопроса совершенно второстепенный, ибо мы имѣемъ самое ясное указаніе на дѣйствіе ея, разрушающее jure civili обязательство только въ отношеніи къ той стипуляціи, которой субъектъ подвергается этой status mutatio. Именно у старѣйшихъ классиковъ мы находимъ всѣ необходимыя намъ свѣдѣнія. Помпоній свидѣтельствуетъ:

> Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur. [1])

Совершенно понятное явленіе, если мы вспомнимъ слова Папиніана: in cujus qve persona propria singulorum consistit obligatio, или Павла, приведенныя выше, гдѣ онъ сравниваетъ корреальное обязательство въ этомъ отношеніи съ альтернативнымъ: qvia non alterius nomine ei solvitur, sed suae obligationis, qvae nulla est. Существованіе каждой изъ нихъ подлежитъ тѣмъже законамъ, какимъ подчиняется и отдѣльно стоящая стипуляція.

У Гая мы узнаемъ о свойствѣ дѣйствія capit. demin. на прежній долгъ:

> de eo vero qvod prius suo nomine eae personae debuerint, licet neqve pater adoptivus teneatur...... neqve ipse qvidem..... maneat obligatus, qvia scilicet per capitis deminutionem liberatur, tamen in eum utilis actio datur, rescissa capitis deminutione. [2])

Кто даетъ эту защиту матерьяльнымъ интересамъ лицъ, независимо отъ формальныхъ реквизитовъ цивиль-

1) L. 19 D. h. t.
2) Гай III, 84.

наго права, въ данномъ случаѣ прямо противно абсолютизму его актовъ, rescissa capitis deminutione, — это извѣстно. По данному вопросу мы имѣемъ подлинныя слова эдикта, которыя сохранились у Ульпіана:

> Ait Praetor: qvi qvaeve, posteaqvam qvid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde qvasi id factum non sit, judicium dabo. [1])

Это былъ прямой, позитивный путь противодѣйствія началамъ квиритизма въ тѣхъ сферахъ, въ которыхъ они не могли быть пригодными, какъ практическая система права. Это тотъ-же арбитрарный методъ, [2]) который встрѣчаемъ въ массѣ случаѣ въ системѣ наслѣдственнаго права, гдѣ ровно также уничтожаются послѣдствія capit. demin. дляеманципированнаго. Понятнымъ образомъ, когда обѣ системы уже противустояли одна другой какъ исторически завершившія свое образованіе, позднѣйшая наука, стоя на высотѣ критическаго отношенія къ обѣимъ, стремилась отыскать внутреннее основаніе, по которому обязательство, имѣющее матерьяльное raison d'être и уступающее только абсолютизму формы, должно удержаться въ силѣ. Строгій формализмъ не соотвѣтствовалъ больше характеру времени. Способъ дѣйствія претора носилъ въ себѣ слишкомъ много позитивныхъ элементовъ, чтобъ на немъ могла остановиться наука, какъ на послѣдней причинѣ явленія. И такъ, ближайшимъ образомъ въ нашемъ вопросѣ, Ульпіанъ ищетъ внутренней основы для того, чтобъ сохранить силу обязательства формально ничтожнаго, и на-

---

1) L. 2 § 1 D. 4. 5. Если бы формализмъ, въ его нетронутой еще цѣлости, заключалъ въ себѣ какія либо ремедуры противъ абсолютнаго дѣйствія формы, то понятно, что преторъ отсюда извлекъ бы средство для своихъ цѣлей. Онъ дѣйствуетъ, однако, прямо враждебно, противно формѣ. Очевидно, что понятіе натуральнаго обязательства позднѣйшаго образованія.

2) L. 3 § 12 D. 43. 29.

ходить ее въ той неуловимой субстанціи, которую называютъ [1]) naturalis obligatio:

> Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter. [2])

Хорошо, если эти предшествующія causae были матерьяльныя. Но если и предшествующая causa obligationis есть только формальная, какъ у насъ, въ корреальной стипуляціи,—тогда будетъ ли послѣ формальнаго способа уничтоженія какой либо остатокъ, который можно назвать obligatio naturalis? Мы думаемъ, что нѣтъ, что здѣсь погашеніе одного изъ обязательствъ есть такое-же абсолютное какъ при confusio, со всѣми accessiones. Слова Помпонія, которыми онъ заключаетъ выписанный нами выше текстъ: fidejussor postea ab eo datus tenetur—косвенно могли бы служить подтвержденіемъ этой мысли, но они во первыхъ заподозриваются, во вторыхъ относятся къ совершенно спеціальному случаю, когда лицо, cui aqva et igni interdictum est, *само послѣ* даетъ поручителя. [3])

III. Какими средствами прекращается корреалитетъ?

Намъ остается за симъ анализировать заключительный моментъ юридическаго отношенія, его *прекращеніе*.

---

1) Изслѣдованіе вопроса о томъ, что такое jus naturale въ римскомъ правѣ, naturalis obligatio, составляетъ, какъ извѣстно, предметъ очень обширной литературы. Для понятія naturalis obligatio см. воособенности Schwanert'a, Die Naturaloblig. des R. R., 1861 съ обширными литературными указаніями. Также Leist'a Ueber die dogm. Anal. (natura rerum у юристовъ). Извѣстно, что naturalis obligatio могла существовать только потому, что есть въ данномъ случаѣ залогъ, propter pignus, propter fidejussorem! Ср. указ. соч. стр. 398 и 404 (книгу Лейста указываю по памяти, не имѣя подъ руками).

2) L. 2 § 2 D. 4. 5.

3) Ср. Schwanert, стр. 418 и 422. Ср. еще L. 47 pr. D. 46. 1.

Любопытно, что до сихъ *именно здѣсь видѣли наиболѣе оригинальную черту явленія*, на томъ, какъ прекращается корреальное обязательство, сосредоточено было всё вниманіе изслѣдователей. Самый вопросъ объ особой природѣ корреальнаго обязательства, въ отличіе отъ солидарнаго, въ его новомъ видѣ, у перваго изъ современныхъ его изслѣдователей (Риббентропа), возбужденъ былъ предшествующей разработкой ученія о litis contestatio, т. е. именно объ одномъ изъ способовъ прекращенія однимъ актомъ обѣихъ стипуляцій или, по мнѣнію другихъ, общаго единаго обязательства. Это было именно *то, что находили совершенно своеобразнымъ въ явленіи*. Ученіе о стипуляціи, различіе эпохъ въ исторіи этого формальнаго контракта, всеобщее значеніе его въ системѣ римскихъ обязательствъ, функціи стипуляціи въ оборотѣ съ требованіями, словомъ, вся исключительная природа самой стипуляціи была въ ту пору еще очень мало уяснена.—Быть можетъ этой *точкой отправленія* изслѣдованія, съ конца, съ заключительнаго момента, условливалось неясность *цѣлой* конструкціи. Для *юстиніановской эпохи*, это правда, почти на одномъ только способѣ прекращенія корреалитета остается ясный признакъ его отличія отъ солидарности. Но, дѣло въ томъ, что ни одинъ изъ серьезныхъ изслѣдователей *не хотѣлъ вовсе* ограничивать себя одной юстиніановской догмой, а между тѣмъ на дѣлѣ выходило именно такъ.

Мы приняли совершенно иной исходный пунктъ. Мы взяли сперва *стипуляцію* предметомъ нашего изученія. Не въ томъ, какъ прекращается корреалитетъ, возникшій изъ любаго контракта, а въ томъ, какъ и изъ чего онъ способенъ образоваться, думаемъ мы, лежитъ разгадка всѣхъ особенностей его природы. И эту сторону вопроса мы старались разъяснить въ предшествующихъ экскурсахъ.

За тѣмъ, мы спрашиваемъ, существуютъ ли для корреалитета *специфическіе* способы прекращенія, или, также какъ онъ самъ предоставляетъ собою не болѣе, какъ своеобразное сочетаніе двухъ стипуляцій, такъ и

способы его прекращенія суть тѣже, какіе вообще имѣютъ силу для контрактовъ verbis?

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что здѣсь мы должны имѣть дѣло опять съ тѣми же формально разрѣшающими актами и только съ тѣми, которые вообще имѣютъ силу для всякой отвлеченной стипуляціи, и вся оригинальность явленія исчерпывается тѣмъ, что въ данномъ случаѣ *эти способы оказываютъ вліяніе не на одно, а на оба обязательства разомъ.* Какъ это происходитъ мы покажемъ тотчасъ, но сперва намъ необходимо опредѣлить наше отношеніе источникамъ.

Дѣло въ томъ, что *въ юстиніановской компиляціи* сохранилось относительно не много средствъ, чтобъ различить подлинные способы прекращенія вербальныхъ контрактовъ отъ позже образовавшихся безформенныхъ актовъ, которые *своей матерьяльной силой* приводили къ той же цѣли. Если мы поставимъ въ одинъ рядъ—acceptilatio, solutio, novatio, litiscontestatio, compensatio и т. д., если мы будемъ держаться тѣхъ объясненій, которыя, съ этой *позднѣйшей* точки зрѣнія, давали старымъ формальнымъ актамъ, то мы закроемъ себѣ совершенно путь къ разумѣнію ихъ *подлинной* природы. *Позже*, какъ это было видно въ предшествующей главѣ, *сама стипуляція*, всѣ ея отправленія, наконецъ *и способъ ея прекращенія*, получили совершенно иной характеръ, чѣмъ имѣли прежде. Формальная сила актовъ исчезала всё больше и больше, и мѣсто ея заступали безформенныя дѣйствія, понятія съ однимъ *матерьяльнымъ содержаніемъ.* Такимъ образомъ, у позднѣйшихъ классиковъ сила дѣйствія цивильныхъ актовъ, confusio, acceptilatio, опредѣляется очень часто такими понятіями, которыя сами лишь гораздо позже ихъ пріобрѣли способность разрѣшать любое обязательство, какъ бы оно ни возникло. Такова вообособенности solutio. Confusio, говорятъ они, дѣйствуетъ vi solutionis, acceptilatio, novatio—также. — Далѣе, что касается вообособенности корреалитета, то о немъ источники весьма часто говорятъ, что онъ прекращается non perceptione, sed electione. Понятіе electio, въ системѣ первона-

чальнаго римскаго формализма, не имѣетъ положительно ни тѣни смысла. [1]) Это нѣчто съ формальной точки зрѣнія вовсе не существующее. Сказать, что обязательство прекратилось electione, а не perceptione,—это тоже, что ничего не сказать. Если electio есть понятіе въ юридическомъ смыслѣ совершенно безформенное и, для jus solenne, не имѣющее никакого содержанія, то также мало опредѣленности имѣетъ и понятіе perceptio. Что значитъ perceptio? Есть ли perceptio, когда мнѣ делегировано обязательство, и я стипулировалъ себѣ всю сумму?—Съ точки зрѣнія формальнаго обязательства, которая удерживается и въ классическую эпоху, delegatio имѣетъ всю силу матерьяльнаго акта: verbum—exactae pecuniae non solum ad solutionem referendum est, verum etiam ad delegationem. Мы имѣемъ свидѣтельство Сенеки: delegatione et verbis perfecta solutio (de benef., VI, 5 § 2). Далѣе, solvit qvi debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, qvanta ei debetur. Всѣ такія указанія мы уже сдѣлали выше. Сама стипуляція имѣла совершенно такое-же оборотное достоинство, какъ всякая другая цѣнность.—Въ виду того и другаго соображенія, мы спрашиваемъ, какой-же смыслъ могло имѣть для явленій формальнаго права это противуположеніе понятій perceptio и electio? Мы думаемъ, что оно все составляетъ не болѣе, какъ продуктъ позднѣйшихъ взглядовъ, когда исчезла абстрактная сила не только стипуляціи, но когда весь формализмъ утратилъ всё свое значеніе; тогда, подъ

1) Любопытно, что Фиттингъ, превосходно разъяснившій съ точки зрѣнія формализма природу слiянія (confusio) и давшій этимъ существенную поправку теоріи единства, въ другомъ вопросѣ, гдѣ насущнѣйшимъ образомъ необходимо было выдержать туже точку зрѣнія, не только не выдерживаетъ ея, но наоборотъ уступаетъ много въ правильности разумѣніе явленія унитаристамъ, и вездѣ, по вопросу о прекращеніи обоихъ обязательствъ искомъ, пользуется понятіемъ electio вмѣсто понятія intentio, которое ему же оказало такую пользу въ другомъ вопросѣ.—Подлежащія свидѣтельства мы всѣ будемъ имѣть случай привести дальше; здѣсь опредѣляется только общая исходная точка зрѣнія.

вліяніемъ новыхъ началъ, компиляторы должны были совершенно иначе взглянуть на всѣ явленія формализма, и они не только объясняли ихъ себѣ по своему, но, какъ сейчасъ увидимъ, прямо замѣняли терявшія для нихъ смыслъ формальныя понятія (intentio) иными, матерьяльными (electio). Вмѣстѣ съ этимъ, конечно, вся старая техника утрачиваетъ свои наиболѣе характеристическія черты. Но дѣйствуя такимъ образомъ, компиляторы не лишили однако насъ совершенно средствъ возстановить прежній строй явленій, и при пособіи Гая, мы имѣетъ полнѣйшую возможность возстановить всю технику прекращенія вербальныхъ контрактовъ и вособенности корреалитета, согласуя его извѣстія съ отрывочными свидѣтельствами сохранившихся отъ искаженія фрагментовъ другихъ юристовъ.

Итакъ, прежде всего общій вопросъ: всѣ ли тѣ способы прекращенія корреалитета, которые видимъ у Юстиніана, суть въ то же время и первоначальные? Мы постараемся дать отвѣтъ на это сперва въ виду свидѣтельствъ общаго характера, потомъ прямо соотвѣтствующихъ вопросу въ положительной формѣ—какіе именно способы суть первоначальные и какіе позднѣйшіе.

Нѣсколько отрывочныхъ указаній различныхъ писателей открываютъ передъ нами всю изумительную гармонію формъ, какая нѣкогда существовала въ нетронутомъ еще никакимъ внѣшнимъ вліяніемъ квиритизмѣ. Гай говоритъ:

Omnia, qvae jure contrahuntur, contrario jure pereunt [1].

Юлій Павелъ: Fere qvibuscunqve modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur [2]....

---

1) L. 100 D. de R. I.
2) L. 153 eod.

Наконецъ Ульпіанъ: Nihil tam naturale est, qvam eo genere qvidqve dissolvere, qvo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur [1]).

Если мы возьмемъ, далѣе, тѣ мѣста, въ которыхъ старѣйшіе классики говорятъ о способахъ прекращенія корреальнаго обязательства, то результатъ будетъ совершенно соотвѣтствовать этимъ строгимъ требованіямъ формализма. Такимъ образомъ Яволенъ, какъ извѣстно, ближайшій послѣдователь Сабина [2]), даетъ намъ въ немногихъ чертахъ всю природу корреальнаго обязательства въ ея чистѣйшемъ видѣ:

> Qvum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt, ipso jure et singulis in solidum debetur et singuli debent; ideoqve petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio [3]).

Ульпіанъ, ссылаясь на авторитетъ *Юліана*, говоритъ о разныхъ случаяхъ исковъ adjectitiae qvalitatis, при чемъ оказывается, что если искъ направленъ противъ одного изъ господъ, то, каковъ бы ни былъ его результатъ, другіе господа того-же раба, будутъ свободны: si unus fuerit conventus, omnes liberabuntur. Но за симъ Ульпіанъ отъ себя продолжаетъ:

> Sed si licet, hoc jure contingat, tamen aeqvitas dictat, judicium in eos dari, qvi occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio, qvam intentio liberet [4])

Съ точки зрѣнія Ульпіана абсолютная сила формальныхъ актовъ составляла уже нѣчто обременитель-

1) L. 35 eod.
2) L. 2 § 47 in fine D. de O. J.
3) L. 2 D. h. t.
4) L. 32 pr. D. 15. 1.

ное, вопіющее къ чувству справедливости. Въ другомъ мѣстѣ, по другому поводу, онъ даже съ нѣкоторымъ негодованіемъ восклицаетъ: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit, nec ne [1]).

Во всѣхъ этихъ мѣстахъ, какъ это и сдѣлано въ цѣлой массѣ другихъ, совершенно имъ соотвѣтствующихъ, компиляторы должны были также замѣнить слова intentio, conventio, petitio, словомъ electio, и однако, по простому недосмотру, они этого не сдѣлали.

Наконецъ, Юлій Павелъ, разбирая дѣйствіе pactum de non petendo на альтернативное обязательство сопоставляетъ три способа прекращенія контракта verbis: solutio, petitio, acceptilatio [2]).

Чтобы уяснить себѣ, какимъ образомъ актъ матерьяльнаго характера (solutio въ тѣсномъ смыслѣ уплаты) приравнивается по своему дѣйствію чисто формальнымъ актамъ,—надо припомнить то безразличіе, съ которымъ въ позднѣйшее время относились къ отвлеченной стипуляціи на опредѣленную сумму денегъ и къ займу (см. выше стр. 87 и слѣд.). Если этотъ *контрактъ* re одинаково съ *контрактомъ* verbis способенъ былъ служить для установленія обязательства, то естественнымъ образомъ iisdem modis in contrarium actis (см. выше, Гай, L. 100 D. de R. I), съ тѣмъ-же безразличіемъ, не только verbis, но и re (solutione), обязательство могло быть и разрѣшаемо. Кромѣ указаннаго мѣста Юлія Павла въ этомъ же смыслѣ мы имѣемъ еще старѣйшее свидѣтельство Помпонія:

---

1) L. 29 § 4 D. 17. 1. Если мы сопоставимъ это съ словами Нерація, приведенными выше,—qvum jus finitum et possit esse, et debeat, facti interpretatio plerumqve etiam prudentissimos fallat L. 2. D. 22. 6.,—то будетъ ясна вся разница эпохи формализма и позднѣйшихъ классиковъ. In stipulationibus jus tantummodo continetur! Ср. также еще вышеприведенное мѣсто изъ Папиніана (L. 3 pr. D. 42. 6.), гдѣ такъ очевидна его связь съ Ульпіаномъ какъ учителя съ ученикомъ. Здѣсь не на одномъ только институтѣ, а на всемъ направленіи лежитъ печать новой эпохи.

2) L. 27 § 6 D. 2. 14.

> Prout qvidqve contractum est, ita et solvi debet, ut qvum re contraxerimus, re solvi debet, veluti qvum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et qvum verbis aliqvid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat; verbis, veluti qvum acceptum promissori fit, re, veluti qvum solvit, qvod promisit. (L. 80 D. 46. 3).

Значитъ ли, въ виду этого, что solutio есть въ самомъ дѣлѣ вполнѣ соотвѣтствующій формальнымъ способамъ способъ прекращенія обязательствъ verbis, что такова сила уплаты въ самой ея основѣ, что никогда иначе и быть не могло? Вотъ въ этомъ-то именно и заключается величайшая ошибка прежней критики изучаемаго нами явленія. Изъ того, что позже формальный и матерьяльный актъ сблизились въ своемъ дѣйствіи, изъ того, что позже ихъ стали сопоставлять,— не слѣдуетъ никакъ, чтобъ такъ было всегда. Мы беремъ на себя смѣлость утверждать, что если бы solutio и формальные акты не различались въ предшествующей эпохѣ въ высшей степени строго, то въ римскомъ правѣ никогда не образовалось бы двухъ совершенно различныхъ понятій, которыя безпрерывно противупоставляются въ источникахъ, понятія correus и solutionis causa adjectus. Для того чтобъ быть поставленнымъ въ возможность принять уплату въ матерьяльномъ смыслѣ, этимъ матерьяльнымъ путемъ прекращая обязательство, нѣтъ никакой надобности быть субъектомъ обязательства, не нужно никакого корреальнаго обряда, довольно чтобъ вѣритель въ стипуляціи сказалъ—обѣщаешь ли мнѣ или Тицію заплатить 100? Тицій вовсе не долженъ при этомъ присутствовать. Но тогда онъ именно только уплату и способенъ принять, только этимъ матерьяльнымъ, подлежащимъ повѣркѣ актомъ и можетъ прекратить обязательство. Никакой формальный актъ Тиція, ни intentio, ни acceptilatio, ни novatio, не произведетъ никакого дѣйствія, ибо онъ вовсе не субъектъ обязательства.

Что акты формальнаго и реальнаго прекращенія обязательства въ самомъ дѣлѣ строго различались въ эпохѣ формализма,—для этого мы имѣемъ не одни общаго характера свидѣтельства, какъ тѣ, которыя мы привели выше, не одни общія соображенія, высказанныя сейчасъ, не одно свидѣтельство Яволена, а прямо указанныя намъ практическія рѣшенія, имѣющія смыслъ только въ виду ясно сознаннаго различія между матерьяльной solutio и формальнымъ уничтоженіемъ обязательства. Такимъ образомъ Гай говоритъ намъ:

> Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest;..... qvamqvam hoc ita est, si accipiat pecuniam, at si non accipiat, sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare, non potest [1]).

Тутъ-же, выше (§ 83 и 84), видно, чѣмъ условлена точка зрѣнія на solu ю какъ на средство разрѣшать обязательство, котораго субъектъ есть pupillus или mulier,—qvoniam meliorem conditionem suam facere iis etiam sine tutoris auctoritate concessum est. Здѣсь есть матерьяльный моментъ, по которому можно судить—стало ли положеніе лучше. Толи-же въ формальныхъ актахъ? Совершенно иное. Здѣсь само лицо есть послѣдній и безповѣрочный судья въ вопросѣ о достоинствѣ акта. Повѣрять матерьяльнымъ критеріемъ его силу нельзя, ибо онъ не поставленъ при его возникновеніи ни въ какую связь ни съ какой матерьяльной основой или цѣлью. Весь кругъ лицъ, для которыхъ возникли формальныя обязательства и формальные способы ихъ прекращать, есть другой, чѣмъ для матерьяльныхъ актовъ. Полное соотвѣтствіе *въ этомъ отношеніи* существуетъ опять только между способами установ-

---

1) Гай, II, 85.

ленія обязательства verbis и способами прекращенія его тоже verbis.

Наконецъ, Гай даетъ намъ очень важное указаніе на контроверзу школъ по вопросу *о дѣйствіи уплаты на искъ послѣ* litis contestatio. Это то весьма извѣстное мѣсто, изъ котораго мы узнаемъ, что Сабинъ и Кассій требовали *абсолюціи* отвѣтчика, si ante rem judicatam is, cum qvo agitur, post acceptum judicium satisfaciat actori, и наоборотъ, diversae scholae auctores хотѣли, строго держать юридической консеквенціи, его *кондемнаціи*, qvia judicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat, развѣ искъ шелъ in rem, или къ формулѣ присоединена была clausula restitutoria, или это было judicium bonae fidei [1])... И такъ въ искѣ личномъ, гдѣ судьѣ не предоставлено никакой роли посредника, гдѣ рѣшающимъ должно служить строгое право,— тамъ *прокуляпцы не давали вовсе значенія матерьяльной сатисфакціи* и требовали только строго выдержаннаго движенія процесса до конца. Цѣль суда есть чисто формальная и никогда никакіе матерьяльные моменты не могутъ видоизмѣнить разъ опредѣлившагося направленія воли истца. Судья не вправѣ рѣшать,—сдѣлалъ ли отвѣтчикъ, уплачивая мнѣ послѣ начавшагося суда лучшимъ мое положеніе (conditionem meliorem, см. выше, Гай, II, 83—85, гдѣ иная мѣрка для женщинъ и дѣтей). Это можетъ рѣшить только самъ истецъ и никто за него. Судъ въ этихъ условіяхъ никогда не есть *только попытка* судиться. Что въ этомъ мнѣніи учениковъ Лабеона, знаменитаго друга республики, снова блеснулъ какъ въ зеркалѣ весь суровый образъ самобытнаго личнаго развитія чистыхъ римскихъ характеровъ, всѣ черты стараго формализма—это также вѣрно какъ то, что друзья цезарей, ученики Сабина, не давали столь много цѣны вопросамъ воли, чтобъ ихъ нельзя было измѣрить никакой денежной единицей. Сабиніанецъ Гай свидѣтельствуетъ намъ, что существо нововведенія выража-

---

1) Гай, IV, 114. § 2 I. 4. 12.

ли всѣ такъ: Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria. Но всѣ ли видѣли въ этомъ великое благо, у всѣхъ ли вдругъ развилось одіозное отношеніе къ старымъ обрядамъ, объ этомъ не говоритъ Гай, и мы можемъ дѣлать наши заключенія лишь со словъ Помпонія, которыми онъ характеризуетъ положеніе вождей той и другой школы [1]).

И такъ, въ виду этихъ соображеній, можетъ ли имѣть для насъ, если мы хотимъ раскрыть всѣ моменты развитія корреальнаго обязательства въ условіяхъ первоначальнаго формализма, какое нибудь значеніе то, что *позже* рядомъ съ acceptilatio и intentio ставили solutio? Мы полагаемъ никакого.

Результатъ этихъ предварительныхъ свѣдѣній очень важенъ для насъ. Мы становимся совершенно врозь съ нашими предшественниками. Мы будемъ въ дальнѣйшемъ разсматривать *одни только формальные акты прекращенія обязательства*. Мы не будемъ безразлично насчитывать всевозможные способы прекращенія корреалитета, въ числѣ которыхъ за одно идутъ и тѣ, которые характеризуютъ явленіе, и тѣ, которые діаметрально противуположны первымъ по своей природѣ. Мы слѣдуемъ здѣсь тому-же аналитическому пріему, котораго держались въ вопросѣ объ установленіи корреалитета. Какъ тамъ *стипуляція и она одна* заключала въ себѣ всѣ свойства необходимыя для того, чтобъ сопоставить два обязательства ejusdem potestatis, которыхъ взаимное отношеніе не опредѣлено никакимъ, ни матерьяльнымъ (какъ въ поручительствѣ), ни формальнымъ (какъ въ новаціи) критеріемъ,—такъ и здѣсь *одни формальные акты* нуж-

---

1) L. 2 § 47 D. de O. I. Et ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qvi fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant.... Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent... Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet..... Sed Proculi auctoritas major fuit, nam etiam plurimum potuit, appellatiqve sunt partim Cassiani, partim Proculiani.

ны и пригодны для того, чтобъ разрѣшить нейтрализованное состоянiе обязательствъ, чтобъ привести силу одной стипуляцiи въ дѣйствiе противъ другой.

Только при такомъ способѣ дѣйствiя, выдѣляя разнородныя явленiя въ разныя группы или эпохи, мы придемъ къ тому, что всё юридическое отношенiе, съ минуты его возникновенiя и до заключительнаго момента, явится передъ нами вполнѣ выдержаннымъ, само себѣ вѣрнымъ.

Совершенно тоже соотвѣтствiе будетъ видно и *позже* между началомъ и концомъ конструкцiи. Формализмъ будетъ исчезать и въ способахъ установленiя и въ способахъ прекращенiя корреалитета. Точно также цѣль сопоставленiя двухъ обязательствъ мало по малу будетъ утрачивать свой прежнiй абстрактный характеръ. Обѣ стипуляцiи будутъ идти на любые предметы, на услуги; рядомъ съ корреалитетомъ образуются нóвыя средства оборота съ требованiями; иные, чѣмъ прежде, контракты будутъ сопоставляемы въ эту связь; и если не прямо изъ самой конструкцiи, то изъ этихъ внѣшнихъ условiй мы увидимъ, что весь институтъ измѣнился во всѣхъ своихъ чертахъ. Цѣль сопоставленiя обоихъ обязательствъ не есть болѣе формальная, всесодержащая, и тогда понятно, что рядомъ со старыми способами прекращенiя, которые тоже потеряли свой прежнiй характеръ, возникли новые, совершенно матерьяльнаго свойства, solutio, compensatio и т. д. Но это именно *въ позднѣйшее время*, когда и сама стипуляцiя матерьялизировалась, когда, наконецъ, корреальнаго обязательства нельзя было больше узнавать по его собственнымъ чертамъ, и надо было назвать данное сочетанiе именемъ корреалитета, чтобъ его не смѣшивали ни съ чѣмъ инымъ. Въ этихъ условiяхъ, если цѣль сопоставленiя была, согласно духу эпохи, совершенно опредѣленная и именно—матерьяльная, необходимо долженъ былъ, наконецъ, возникнуть вопросъ,—на что нуженъ корреалитетъ? Не гораздо ли лучше тѣже матерьяльныя цѣли достигаются посредствомъ простой солидарности, и Юстинiанъ (по крайней мѣрѣ для пассивнаго корре-

алитета) нашелъ въ самомъ дѣлѣ всю конструкцію вовсе больше не нужной и вполнѣ замѣнимой солидарнымъ сопоставленіемъ двухъ обязательствъ.

Вотъ то *критическое* отношеніе къ источникамъ (стр. 172), которое одно способно въ данномъ случаѣ привести насъ къ цѣли.

Какіе-же эти формальные способы прекращенія и какъ они дѣйствуютъ? Яволенъ называетъ намъ въ приведенномъ выше текстѣ два: intentio и acceptilatio. Но достаточно анализировать хотя одинъ первый, чтобъ убѣдиться въ его тѣснѣйшей связи съ новаціей. Если мы присоединимъ сюда еще jusjurandum, то будемъ имѣть всѣ четыре формальныхъ акта прекращенія корреальныхъ стипуляцій [1]).

Вопросъ о томъ, *какъ дѣйствуютъ эти способы,* можетъ быть поставленъ точнѣе и ближе къ его разрѣшенію, если мы его формулируемъ нѣсколько иначе, чѣмъ это было принято до сихъ поръ, слѣдуя здѣсь прямо образцу классиковъ. У Ульпіана, *который держится авторитета Юліана,* вопросъ принимаетъ собственно такой видъ, что дѣло идетъ не о томъ, какъ, какимъ внѣшнимъ средствомъ *прекратить* корреалитетъ, а о томъ, по какой внутренней причинѣ, и стало быть, до какихъ поръ необходимо будетъ *продолжаться это* сопоставленіе стипуляцій.

Въ этой причинѣ, по которой сопоставленіе *не прекращается,* лежитъ прямо *природой явленія* условленный отвѣтъ и на то, *что нужно, для того чтобъ оно прекратилось.* И такъ, какая причина продолжающагося сопоставленія двухъ стипуляцій на idem? Причина, говоритъ Ульпіанъ, заключается въ томъ, что здѣсь на лицо duae obligationes ejusdem potestatis, между которы-

---

1) О jusjurandum мы не имѣемъ надобности говорить особенно, ибо способъ дѣйствія его, рядомъ съ litis contestatio, не прибавляетъ ничего къ разумѣнію явленія. Ср. L. 95 § 4 D. 46. 3. L. 1 pr. D. 44. 5. L. 7, 8, L. 2. L. 26 § 2, L. 27, 28 и 40. D. 12. 2. L. 5 § 3. L. 13 D. 20. 6.

ки non potest reperiri, cur altera potius qvam altera consumeretur.

Стало быть недостатокъ вотъ чемъ: неизвѣстно, отчего скорѣе эта, чѣмъ та стипуляція должна поглотить другую, неизвѣстно — *какая изъ двухъ* должна будетъ произвести эфектъ консумціи.

Все остальное есть извѣстное, данное. Извѣстно, что здѣсь двѣ отвлеченныя стипуляціи на idem (duae stipulationes); извѣстно, что у каждой изъ нихъ одинаковая способность и сила (ejusdem potestatis); извѣстно, наконецъ, что характеръ погашенія одной стипуляціи другою есть формальный, абсолютный (consumtio). Это всё данныя; неизвѣстное, искомое—одно,—которая изъ двухъ на какую другую должна произвести это дѣйствіе.

Какая причина этой неизвѣстности? Отвѣтъ Ульпіана совершенно ясенъ. Она заключается въ томъ, что между обѣими нельзя усмотрѣть *никакой разницы*, по которой можно бы заключить, что именно эта, а не другая стипуляція должна обнаружить активно заключенную въ ней силу, другая испытать ее на себѣ: nam tantummodo ubi aliqva differentia est obligationum,—potest constitui, alteram per alteram perimi.

Что нужно, чтобъ эта неизвѣстность, эта причина продолжающагося сосуществованія обѣихъ стипуляцій, *прекратилась?* Надо, чтобъ этотъ недостатокъ восполнился, чтобъ между обѣими стипуляціями образовалась требуемая differentia.

Какая-же должна быть эта differentia? Мы видѣли выше, что обѣ стипуляціи могутъ очень видоизмѣниться вслѣдствіе присоединенія поручительствъ, pactum de non petendo, вслѣдствіе просрочки, всякаго рода случайностей. Но всѣ эти *внѣшнія вліянія* оказываютъ свое дѣйствіе только на одну стипуляцію, а вовсе не на обѣ. Вслѣдствіе такихъ причинъ корреалитетъ можетъ вовсе не достигнуть своей цѣли; но никогда не можетъ прекратиться такъ, какъ этого требуетъ природа конструкціи, natura obligationum duarum.—И такъ, внѣшнихъ, фактическихъ, случайныхъ различій для это-

го мало. Чтобъ возникла та differentia, которой требуетъ Ульпіанъ,—необходима *перемѣна внутренняя*, необходимо, чтобъ ipsum jus obligationis измѣнилось.

Если образуется между обязательствами *такая* differentia, тогда, понятно, причина продолжающагося существованія обоихъ исчезнетъ, *мы получимъ извѣстность, которая стипуляція* поглотитъ какую другую, и вмѣстѣ съ этимъ корреалитетъ исчезнетъ.

Что мы должны заключить отсюда о томъ, *какіе должны быть способы прекращенія* корреалитета?

Они всѣ должны заключать въ себѣ способность оказать вліяніе на ipsum jus obligationis. Если они окажутъ это вліяніе, то не ихъ сила, а *сила въ самихъ стипуляціяхъ заключенная* довершитъ остальное.

И такъ; роль, которую играютъ здѣсь такъ называемые способы прекращенія есть въ высшей степени ограниченная. *Они восполняютъ только то, чего недостаетъ внутри корреальной конструкціи*, только одинъ моментъ неизвѣстности, только недостатокъ differentiae. Свойство прекращенія, сила консумціи дана не этими послѣдующими актами, а самими сопоставленными стипуляціями.

Казалось бы, что здѣсь способамъ прекращенія принадлежитъ совершенно исключительная интензивность. Одинъ актъ разомъ прекращаетъ двѣ стипуляціи! Въ виду этою воособенности унитаристы хотѣли во что бы то ни стало доказать, что въ корреалитетѣ всего одно обязательство. Въ виду этого Фиттингъ строилъ свои возраженія имъ. Допуская, что litis contestatio консумируетъ одну стипуляцію, онъ спрашивалъ,—что-же будетъ съ другой? Если первая исчезаетъ только формально, то вторая, подъ вліяніемъ того-же акта, не можетъ-же вовсе исчезнуть! Послѣ нея должно всё таки остаться хоть резидуумъ натуральнаго обязательства, а тогда—де остаются обязанными поручители, можетъ имѣть мѣсто solutio и проч. До чего близорука та и другая точка зрѣнія,—мы думаемъ, что теперь это совершенно ясно. — Не силой послѣдующаго акта

прекращающаго корреалитетъ, а силой въ самихъ стипуляціяхъ заключенной условленъ весь эфектъ консумціи. Актъ прекращенія заключаетъ въ себѣ, не смотря на большой его эфектъ, самое малое содержаніе. Онъ долженъ только восполнить то немногое, чего недоставало въ обѣихъ противупоставленныхъ стипуляціяхъ.— Это искра, которой дѣйствіе зависитъ не отъ ея размѣровъ, а отъ свойствъ тѣлъ, которыхъ она каснулась.

Мы позже будемъ говорить о солидарныхъ обязательствахъ, и тогда будетъ ясно, что *неизвѣстность въ солидаритетѣ* будетъ совершенно инаго содержанія. Тамъ она касается совершенно другого вопроса, именно вопроса о томъ,—какое изъ двухъ обязательствъ послужитъ достаточнымъ средствомъ для погашенія *матерьяльной цѣли иска.* Оба обязательства тамъ имѣютъ одну *матерьяльную* цѣль, и лишь когда она достигнута, тогда истецъ не можетъ больше упражнять исковъ. Здѣсь неизвѣстность касается только вопроса, какая изъ двухъ стипуляцій формально погаситъ другую, и цѣль конструкціи достигнута, когда эта неизвѣстность прекратилась.

И такъ, вотъ всё что должны въ себѣ заключать и что дѣйствительно заключаютъ въ себѣ тѣ три способа, которые суть подлинные для прекращенія корреалитета [1]). *Они всѣ* восполняютъ собою только одинъ

1) Точнѣе было бы говорить—юридическіе акты, посредствомъ которыхъ корреальная конструкція достигаетъ своей цѣли, ибо она можетъ прекратиться и иначе, не достигнувъ цѣли, въ томъ смыслѣ, что останется въ силѣ одна стипуляція, какъ напр. при capitis deminutio. То, что мы здѣсь будемъ имѣть въ виду, составляетъ нѣчто прямо изъ конструкціи истекающее, ей свойственное, также какъ изъ полномочія истекаетъ сила акта, совершеннаго въ его предѣлахъ и тоже прекращающаго полномочіе. Смерть mandant'а или мандатара, также какъ въ корреалитетѣ capit. demin., прекращаютъ сдѣлку совершенно соотвѣтственно ея природѣ, но однако прежде, чѣмъ вся ея природа, всѣ ея функціи выразились на дѣлѣ. Можно было бы, въ виду этого, выдѣлять особыя группы способовъ прекращенія такого рода сдѣлокъ, случайные. Мы не сдѣлали этого, держась прежняго порядка, но для

формальный моментъ, который есть неизвѣстный въ корреальной конструкціи.—Какъ это происходитъ, мы сейчасъ увидимъ на каждомъ способѣ отдѣльно.

Мы уже выше, въ краткихъ чертахъ, ознакомили читателя съ послѣдними главнѣйшими успѣхами нѣмецкой литературы по вопросу о новаціи. Эти предпосланныя свѣдѣнія существеннымъ образомъ облегчаютъ нашу ближайшую задачу,—опредѣлить вліяніе, которое производитъ новація, litis contestatio и acceptilatio на корреалитетъ.

Все ученіе о новаціи въ своей основѣ принадлежитъ къ системѣ стараго формализма. При Гаѣ, однако, формальное значеніе новаціи, какъ оно опредѣлилось въ jus civile, удерживалось еще вполнѣ. Въ этомъ первоначальномъ видѣ novatio и litis contestatio одинаково служили средствомъ, заключали въ себѣ формальный способъ переноса требованія съ одного лица на другое. Быть можетъ сама новація выдѣлилась изъ процессуальныхъ обрядовъ лишь позже какъ особый институтъ [1]). Для активной сукцессіи въ старомъ правѣ служила главнымъ образомъ litis contestatio, ибо здѣсь не нужно согласія должника, чтобъ достигнуть передачи иска; напротивъ, для пассивной необходимо согласіе вѣрителя, и здѣсь главнымъ образомъ прилагается novatio.

Одно то, что оба акта служатъ средствомъ для передачи требованій и перевода долга на другое лицо, достаточно свидѣтельствуетъ о силѣ вліянія этихъ средствъ на прежнее обязательство: и novatio и litis contestatio уничтожаютъ его абсолютно, не оставляя вовсе того резидуума натуральнаго обязательства, которое могло бы служить достаточнымъ основаніемъ, чтобъ произвести уплату прежнему вѣрителю

догматиковъ такой способъ дѣйствія можно рекомендовать, хотя они ему обыкновенно не слѣдуютъ. Впрочемъ Бринцъ обратилъ вниманіе на различіе способовъ прекращенія корреалитета, посредствомъ negotia и случайно, но однако не безъ очень существенныхъ ошибокъ.

1) См. гипотеза Mayer'а въ сочиненіи, Die Litis contestation geschichtlich dargestellt, 1830, и Сальпіуса, стр. 145.

Старая тѣсная связь обоихъ актовъ видна совершенно ясно у Гая, который здѣсь служитъ главнымъ источникомъ [1]) изученія явленія.

Новація, совершаемая посредствомъ стипуляціи, измѣняетъ ipsum jus obligationis [2]). Новая стипуляція поглощаетъ въ себѣ старое обязательство, и въ этомъ отношеніи, по свидѣтельству Гая, дѣйствіе litis contest. на извѣстные виды обязательствъ есть совершенно тождественное съ дѣйствіемъ внѣпроцессуальной консумціи.

Praeterea novatione tollitur obligatio..... prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur.

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum: nam tunc obligatio qvidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione..... Et hoc est qvod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere.

Та и другая форма, и litis contestatio и novatio, служатъ средствомъ преемства, а interventu novae personae nova nascitur obligatio.... [3])

---

1) Не единственнымъ, впрочемъ. Мы имѣемъ еще очень важное свидѣтельство въ Ватиканск. Фрагментахъ (стали извѣстными позже Гая) о новаціи чрезъ litis contestatio, см. § 263: interpositis delegationibus aut inchoatis litibus novavit (мѣсто давно обратившее на себя вниманіе Keller'a, Litis contest., стр. 93, Савиньи, VI, 24, и къ удивленію опущенное Фиттингомъ; для него было бы также еще важно имѣть въ виду L. 66 D. 3. 3). Далѣе въ пандектахъ есть очень важные отрывки, особенно L. 29 D. 46. 2. (изъ Павла), также L. 5 pr. D. 26. 9 и масса другихъ. Главныя мѣста у Гая, II, 38 и 39, III, 176—182, IV, 45 и слѣд., 104 и слѣд., 131 in fine.

2) § 2. I. 2. 2.

3) Ср. Гай, III, 176 и 180. Также Юстин. Инстит. § 3. I. 3. 29.

Но необходимо ли, чтобъ иное лицо вступило въ обязательственное отношеніе, для того чтобъ было понятіе новаціи? Jus novationis этимъ вовсе не условлено. Litis contestatio и novatio существуетъ независимо отъ этого:

> Sed si eadem persona sit, a qva postea stipuler, ita demum novatio fit si qvid in posteriore stipulatione novi sit [1]).

Мы касались выше (стр. 109) вопроса о томъ, какой смыслъ имѣло это требованіе чего либо новаго отъ stipulatio posterior. Источники сохранили намъ прекраснѣйшій образецъ того, какое исключительно формальное содержаніе заключалось въ этомъ понятіи. Весь смыслъ его исчерпывался тѣмъ, что новая стипуляція, въ которую переносилась старая, становилась позднѣйшею относительно рядомъ стоящей. Вотъ этотъ любопытный примѣръ:

> Si duo rei stipulandi usumfructum in servo habeant, vel qvibus bona fide serviebat, et jussu unius a debitore stipuletur, ei soli acqvirit. [2])

Мы двое, я и Тицій, были duo rei stipulandi и имѣли общаго раба, который пріобрѣтаетъ намъ обоимъ. Я приказываю этому рабу новировать мою стипуляцію, и стипулируя тоже самое отъ должника на мое имя, онъ производитъ новацію, дѣлаетъ cautionem juniorem, eo ipso погашаетъ стипуляцію другаго господина, и я остаюсь единственнымъ вѣрителемъ.

Для litis contestatio совершенно достаточно, что она происходитъ въ новыхъ условіяхъ, съ участіемъ суда, для того чтобъ получился тотъ-же результатъ, то-

1) Гай, III, 177.
2) L. 33 § 1. D. 45. 3.

же понятіе aliqvi'd novi, и вмѣстѣ съ этимъ та differentia, отъ которой зависитъ весь эфектъ прекращенія корреалитета.

> Interpositis delegationibus aut inchoatis litibus novavit. [1])

Совершенно таже точка зрѣнія и на jusjurandum:

> Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi, delegandiqve, qvia proficiscitur ex conventione, qvamvis habeat et instar judicii.
>
> In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit. [2])

Вопросъ о дѣйствіе новаціи и litis contestatio есть при корреалитетѣ всегда стало быть двойственный: это, во первыхъ, вопросъ о вліяніи на новируемую стипуляцію, и во вторыхъ,—о дѣйствіи этой новой стипуляціи на прежде рядомъ стоявшую.

Въ той именно тирадѣ изъ Юліана, въ которой мы нашли выше руководящее средство *для постановки вопроса* о прекращеніи обѣихъ стипуляцій, въ ней-же мы находимъ *и разрѣшеніе его* въ обѣ стороны:

> Plane si ex altera earum (duae obligationes) egerit, utramqve consumet, videlicet qvia natura obligationum duarum, qvas haberet, ea esset, ut qvum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur. [3])

Чтобъ судить о силѣ дѣйствія новированной стипуляціи на другую, которая стояла съ ней рядомъ, мы

---

1) Fr. Vat. § 263.

2) L. 26 § 2 L. 28, pr. и § 3 D. 12. 2. (въ § 3 тоже для duo rei promittendi).

3) L. 5 in fine D. 46. 1.

имѣемъ ясное указаніе прямо сюда относящагося текста изъ Гая, взятаго въ нашъ титулъ:

> Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit [1]).

Прекрасный случай приложенія этихъ принциповъ представляетъ извѣстный L. 29 D. de liberatione legata 34. 3., взятый изъ толкованія Павла на lex Julia et Papia:

> Si is, qvi duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utrosqve liberet, si alter ex his capere non possit, nec socii sint, delegari debebit is, qvi nihil capit, ei, cui hoc commodum lege competit; cujus petitione utrumqve accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat, et is, qvi capit, liberetur. Qvodsi socii sint, proprer eum qvi capax est, et ille capit, per conseqventias, liberato illo per acceptilationem; id enim eveniret, etiamsi solum capacem liberare jussus esset.

Дѣло въ томъ, что одна изъ стипуляцій индивидуализируется здѣсь тѣмъ, что должникъ по закону не можетъ быть либерированъ актомъ послѣдней воли: онъ есть incapax. Завѣщатель приказалъ однако либерировать обоихъ. Смыслъ этого легата есть для наслѣдника двоякій: онъ долженъ отказаться отъ иска, и оба должника должны быть свободны. Одинъ изъ нихъ не можетъ быть освобожденъ по причинѣ въ немъ лежащей. Но отказываться отъ иска и отъ себя либерировать наслѣдникъ всё таки обязанъ. Если онъ произведетъ acceptilatio, то обѣ стипуляціи будутъ погашены, и это будетъ противно закону.

И такъ, возможность удовлетворить требованію закона и вмѣстѣ выполнить волю одна: вѣритель долженъ

---

1) L. 16 D. h. t.

потребовать съ неспособнаго, тогда litis contestatione его обязательство будетъ дедуцировано in judicium и обязательство способнаго погашено. Неспособный останется обязаннымъ. Требованіе закона удовлетворено. Но чтобъ вмѣстѣ и воля, въ той мѣрѣ, въ какой нѣтъ препятствія ее выполнить, была тоже выполнена, искъ ставится не на имя кредитора, а на имя способнаго должника. Результатъ будетъ тотъ, что вѣритель уступилъ искъ, способный пріобрѣлъ требованіе, неспособный остался обязанъ. Это единственно возможный формальный исходъ изъ компликаціи. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отношенія обоихъ должниковъ суть матерьяльно опредѣленныя, когда они socii,—тамъ нѣтъ нарушенія закона, если incapax стяжаетъ выгоды изъ либераціи, ибо онъ ихъ пріобрѣтаетъ не прямо на основаніи акта послѣдней воли, а per conseqventias, въ силу того, что онъ socius способнаго. Гдѣ дѣло стоитъ иначе, гдѣ оба обязательства суть отдѣльныя, тамъ надо избрать такой путь, которымъ бы именно одно обязательство разрѣшалось, а другое удерживалось въ силѣ, хотя не въ пользу наслѣдника.—При томъ характерѣ безмездности, который заключается въ данномъ случаѣ легата, нельзя иначе выполнить волю, какъ именно перенеся искъ на способнаго пріобрѣтать изъ легата. Онъ пріобрѣтаетъ быть можетъ больше, чѣмъ пріобрѣлъ бы, если бъ и другой былъ способенъ, но причина здѣсь не въ jus patrum какъ думаетъ Keller [1]), а въ невозможности иначе выполнить волю въ виду особаго свойства сопоставленія обоихъ формальныхъ обязательствъ [2]), точно также какъ въ противуположномъ случаѣ (при societas) невозможно устранить послѣдствій стяжанія неспособнымъ, поелику онъ socius.

---

1) Litis contest., стр. 460.

2) Надо помнить, что приказъ заключается не въ томъ, чтобъ тотъ или другой пріобрѣлъ что либо, а лишь въ томъ, чтобъ наслѣдникъ ни съ того, ни съ другаго не требовалъ; отчасти нельзя выполнить его, а вполнѣ можно только указаннымъ способомъ.

Консумція jure novationis происходитъ посредствомъ litis contestatio однако далеко не во всѣхъ искахъ. По свидѣтельству Гая самостоятельное существованіе прежней обязательственной формы прекращается лишь тогда, когда искъ есть actio in personam, когда formula есть in jus concepta, и judicium есть legitimum. Всѣ эти условія внѣ всякаго сомнѣнія могутъ совпадать въ искѣ изъ абстрактной стипуляціи. И въ такомъ случаѣ дѣйствіе ея заключается въ томъ, что postea ipso jure de eadem re не можетъ быть больше спора. [1]).

Для насъ вовсе не важны дальнѣйшія подробности вопроса, которыя сами по себѣ очень любопытны. Результатъ тотъ, что моментомъ lit. contestat. фиксируется пунктъ времени, когда возникло новое юридическое отношеніе сторонъ. Прежняя обязательственная форма въ отношеніи къ этой новой сошла на степень служебную, какъ основа этого притязанія, и она никогда больше не способна стать основой другаго иска.

Разъ мы имѣемъ этотъ результатъ, какъ вся необходимость вліянія его на рядомъ стоящую корреальную стипуляцію ясна сама собой. Положеніе обоихъ вѣрителей или обоихъ должниковъ не есть болѣе равное, нельзя больше сказать par utrius qve causa est. У одного изъ нихъ ipsum jus obligationis подверглось существенному измѣненію, и эта новая, перерожденная въ интенцію формулы cautio, много-ли, мало-ли новаго она въ себѣ заключаетъ, даетъ во всякомъ случаѣ искомую дифференцію, которой недостатокъ составлялъ единственную причину продолжавшагося нейтрализованнаго состоянія обоихъ обязательствъ [2]).

Намъ остается сказать еще нѣсколько словъ объ acceptilatio. Дѣло въ томъ, что на природѣ этого

---

1) Ср. Гай IV, 107. Ср. Еще тамъ-же, IV, 45, 46, 47, 104, 106, 109, 131. Keller'a, Litis cont. стр. 82, Сальпіусъ, стр. 141, Виндшейдъ, Actio стр. стр. 53 и слѣд. Еще Paul. R. S. V. 8. 1. и L. 22 D. 26. 7.

2) Множество попытокъ иного объясненія явленія см. напр. у Фиттинга § 10.

акта также легко прослѣдить по источникамъ его постоянное склонящееся къ силѣ простой росписки въ полученіи долга значеніе, какъ и на природѣ самой стипуляціи. Преимущественно эту сторону акта и принимаютъ во вниманіе изслѣдователи корреальнаго обязательства. Но тогда, какъ совершенно справедливо замѣчаетъ Фиттингъ, прекращеніе обязательствъ корреальныхъ и солидарныхъ этимъ актомъ не представляетъ ничего особеннаго. Фиттингъ на этомъ впрочемъ и останавливается, не изслѣдуя глубже природу самаго акта.

Мы начнемъ съ того, что еще въ позднѣйшее время, при Папиніанѣ, acceptilatio, на ряду съ emancipatio, hereditatis aditio и проч. причислялась къ actus legitimi, qvi non recipiunt diem vel conditionem. [1])

Еще позже Ульпіанъ говоритъ, что если obligatio не была verbis, а re contracta, то должникъ посредствомъ акцептиляціи, non liberatur qvidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest. [2]) Различіе съ роспиской (apocha) онъ усматриваетъ въ томъ, что первая имѣетъ силу только тогда, когда деньги уплачены, а послѣдняя либерируетъ должника licet pecunia soluta non sit.

Гай говоритъ, что ниже по приказу господина рабъ не можетъ совершить акцептиляцію. [3])

Опредѣленіе, которое даетъ ей Модестинъ, указываетъ на ея строго вербальный характеръ и притомъ совершенно отвлеченный отъ матерьяльной основы, по которой происходитъ освобожденіе должника: acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem. [4])

Мы видимъ не разъ, что этотъ актъ служитъ средствомъ для того, чтобъ совершать сдѣлки матерьяльнаго характера, какъ напр. установленіе приданаго.

---

1) L. 77 D. de R. I.
2) L. 19 D. 46. 4.
3) L. 22 D. 46. 4 cp. L. 49 D. 46. 3.
4) L. 1 D. 46. 4. L. 6 и 7 eod.—обрядъ сдѣлки.

Именно Яволенъ разсматриваетъ случай, когда женщина, въ виду брака, совершаетъ, желая дать приданое, акцептиляцію долга, котораго уплаты она можетъ потребовать, если бракъ не послѣдуетъ. [1])

Отсутствіе иной необходимой связи съ матерьяльнымъ содержаніемъ сдѣлки, кромѣ соотвѣтствія формальнаго — сдѣлки verbis и либераціи verbis, видно часто въ источникахъ. Я стипулировалъ раба, акцептилировалъ Стиха, — и стипуляція консумирована. [2])

Рѣшающій моментъ субъективнаго удовлетворенія есть также прямо выраженный въ этомъ актѣ. [3])

Гай называетъ акцептиляцію — imaginaria solutio и требуетъ при совершеніи ея женщиной присутствія опекуна. [4])

Если акцептиляція составляетъ такимъ образомъ средство для отвлеченнаго обращенія имущества (долга) къ любой цѣли, измѣняющее самое jus obligationis, то понятно, что совершить ее можетъ, точно также какъ совершить стипуляцію, какъ новировать, вывести въ судъ, только субъектъ обязательства. Посему, при корреалитетѣ этимъ актомъ, совершенно также какъ всѣми другими, сейчасъ названными, одинъ вѣритель дѣлаетъ изъ своей стипуляціи такого-же рода употребленіе, измѣняетъ ея субстанцію совершенно такъ, какъ при всѣхъ другихъ формальныхъ актахъ. Посредствомъ акцептиляціи ipso jure установляется та разница между двумя стипуляціями, которая необходима, чтобъ между ними опредѣлился неразрѣшенный въ корреальномъ обрядѣ вопросъ, какая изъ двухъ должна консумировать другую. Если акцептиляція способна служить средствомъ для того, чтобъ обязать *именно себѣ* возвратить сумму составляющую долгъ, если она замѣняетъ собою реаль-

1) L. 10 D. 12. 4. L. 5 § 1 D. 24. 1. L. 9 § 4 и 8. D. 4. 2. L. 43. D. 23. 3.

2) L. 13 § 4 D. 46. 4. Ihering, II, 616, прим. 801 думаетъ, что первоначально это были сдѣлки juris civilis.

3) L. 49. D. 46. 3.

4) III, 171.

ное совершеніе [1]), если здѣсь происходитъ такая-же alienatio какъ при делегаціи [2]), то совершенно понятно, что дѣйствіе ея должно быть тоже, какое имѣютъ другіе формальные акты, измѣняющіе ipsum jus obligationis.

Тѣже вопросы, которые возникаютъ въ источникахъ для новаціи, имѣютъ мѣсто и по отношенію къ акцептиляціи. И такъ, источники разсматриваютъ ея вліяніе на условную стипуляцію [3]), погашеніе ею части долга [4]). Въ извѣстной аквиліевой стипуляціи, гдѣ многія предшествующія обязательства новированы, они всѣ вмѣстѣ погашаются однимъ актомъ акцептиляціи [5]). Употребленіе акцептиляціи вовсе не ограничивается узкимъ кругомъ извѣстныхъ сдѣлокъ, и она способна дѣйствовать non sua natura, sed potestate conventionis [6]). Наконецъ, много разъ дѣйствіе ея поставляется въ связь съ процессомъ и съ присягой.

Совершенно понятно, въ виду этого, что по вопросамъ о дѣйствіи акцептиляціи на корреальное обязательство, она всегда является рядомъ съ другими формальными актами прекращенія корреалитета. Мы приведемъ нѣсколько мѣстъ, изъ которыхъ ясно такое ея значеніе. И такъ Венулей говоритъ:

> Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem

---

1) Qvia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit L. 10 D. 12. 4.

2) L. 31 § 1 D. 46. 2. L. 15 D. 46. 3.

3) L. 12, L. 13 § 6 D. 46. 4.

4) L. 9 и 10 D. 46. 4.

5) L. 18 § 1 D. 46. 4.

6) L. 5 pr. D. 18. 5. Опредѣленіе ея какъ remissio obligationis, L. 92 § 23 D. 24. 1., есть собственно только указаніе на результатъ ея дѣйствія. Указаніе на связь съ процессомъ см. L. 13 pr. D. 46. 8. L. 3 pr. D. 42. 6., также въ приведенномъ выше мѣстѣ изъ Модестина (hereditatis perimit petitionis actionem). Мѣста приведенныя выше, въ которыхъ говорилось объ акцептиляціи, мы предполагаемъ извѣстными. Для присяги см. L. 13 pr. D. 46. 4.

deducere, item unius acceptilatione perimi utrisqve obligationem.

Здѣсь же сопоставляется дѣйствіе этихъ актовъ съ делегаціей:

alioqvin qvid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isqve ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti eum promiserit? nam debitor ab utroqve liberabitur [1]).

Сила дѣйствія акцептиляціи на оба долга и смыслъ формальнаго ея вліянія на одинъ посредствомъ другаго, по нашему мнѣнію, очень ясно выраженъ въ слѣдующемъ рѣшеніи Юлія Павла:

Si duobus debitoribus mortis causa donaturus creditor uni acceptum tulit, et convaluerit, eligere potest, utri eorum condicat.

Хотя оба долга не названы именно корреальными, но рѣшеніе такого рода, что предположеніе корреалитета есть совершенно вѣрное.

Мы заключаемъ этимъ нашъ обзоръ сдѣлокъ, прекращающихъ корреалитетъ [2]). Вмѣстѣ съ этимъ главная

---

1) L. 31 § 1 D. 46. 2. Сравни еще напр. L. 5 § 1 D. 24. 1. и L. 9 § 4 и 8 D. 4. 2. Много мѣстъ приводитъ Фиттингъ, опуская впрочемъ то, которое мы сейчасъ выпишемъ въ текстъ, именно L. 35 § 6 D. 39. 6.

2) Менѣе важные моменты, напр. искъ на долю по каждой стипуляціи, мы обошли, не думая, чтобъ наша основная задача отъ этого сколько нибудь потерпѣла. Подробности едва ли когда могутъ быть исчерпанными въ такой мѣрѣ, чтобъ не оставалось ничего больше сказать по тому-же вопросу. Если изслѣдователь нашелъ правильный способъ дѣйствія, то примѣненіе его къ отдѣльнымъ, меньшей важности вопросамъ, не можетъ встрѣтить никакого затрудненія.

задача нашего изслѣдованія,—отыскать основную форму корреальнаго обязательства, разрѣшена съ положительной ея стороны, и намъ остается лишь показать въ дальнѣйшемъ видоизмѣненія основнаго типа корреальныхъ отношеній въ явленіяхъ позднѣйшаго примѣненія.

Несомнѣнно, что та почва, на которой первоначально образовалось это своеобразное сопоставленіе двухъ отвлеченныхъ обязательствъ, есть именно почва чистѣйшаго формализма. Несомнѣнно, что творцы этой простой комбинаціи были не теоретики—юристы, а тѣ veteris juris conditores, которые стояли лицомъ къ лицу съ практическими потребностями гражданскаго оборота, не имѣя за собой ничего, кромѣ традиціонной техники сдѣлокъ, совершаемыхъ verbis.—Для исторіи развитія римскихъ институтовъ эта техника *словесныхъ сдѣлокъ* составляла вторую стадію на пути освобожденія права отъ узъ формализма. За нею, сзади ея лежитъ эпоха *символическаго формализма*, котораго слѣды удерживались и позже. Если тамъ юридическая идея должна была принять *осязательный* образъ, для того чтобъ стать доступной общему разумѣнію, для того чтобъ получить распознаваемость, то здѣсь необходимымъ для выраженія юридическаго акта средствомъ служитъ слово, отвлеченная, разуму, а не фантазіи говорящая форма.

Явленія въ правѣ, въ преемствѣ развитія его формъ, не суть, однако, никогда внезапныя. Никогда одна форма не смѣняетъ другой механически. Этотъ законъ непрерывности развитія, который нѣмецкая литература выражаетъ понятіемъ континуитета, есть общій законъ явленій жизни; въ правѣ онъ есть такой же непреложный, какъ въ языкѣ, какъ въ искусствѣ.... Форма слова, повидимому гораздо болѣе гибкая, чѣмъ символъ, сама твердѣетъ, превращается въ нѣчто неизмѣнное, незамѣнимое, въ обрядъ, verborum solennitas, и въ этомъ видѣ служитъ средствомъ для юридическаго оборота.

Передъ нами прошелъ теперь весь кругъ превращеній, которыя совершаются съ двумя отвлеченными обязательствами, поставленными въ извѣстную связь. Все что происходило въ гражданскомъ оборотѣ вмѣстѣ съ

этими сочетаніями и разрѣшеніями обязательствъ,—вся сцѣна юридическихъ отношеній, всё это имѣло одну простѣйшую форму выраженія, форму слова. Съ помощью извѣстнаго порядка вопросовъ и отвѣтовъ, юристы умѣли такъ сопоставить двѣ стипуляціи ejusdem potestatis, что онѣ до времени не уничтожали другъ друга, хотя каждая заключала въ себѣ эту способность въ отношеніи къ другой. Если условія, въ которыя поставлены этимъ обрядомъ два лица, суть совершенно одинаковыя, par utrius que causa est, то понятнымъ образомъ всякій изъ двухъ вѣрителей (или должниковъ) можетъ упражнять всѣ права вѣрителя, perinde ac si solus stipulatus esset. Всѣ дѣйствія, предпринимаемыя однимъ лицомъ, совершаются имъ non alterius nomine sed suae obligationis. Пока не возникло никакого различія въ природѣ той и другой стипуляціи, ихъ сосуществованіе продолжается. Должникъ можетъ уговариваться съ каждымъ отдѣльно, ставить поручителей по каждому изъ обязательствъ, можетъ даже производить реально уплаты то тому, то другому,—природа первоначальныхъ отношеній отъ этого вовсе не измѣняется. Для того чтобъ произвести внутреннее измѣненіе отношеній,—необходима новая сдѣлка verbis. Тогда тотчасъ же прежнее равновѣсіе обоихъ обязательствъ будетъ нарушено, и скрытая до тѣхъ поръ способность каждой консумировать другую выйдетъ наружу.

Въ основѣ здѣсь дѣйствуютъ тѣже силы, какъ въ новаціи и делегаціи, гдѣ, *послѣдовательнымъ* образованіемъ одного словеснаго обязательства за другимъ, позднѣйшее разрѣшаетъ предшествующее.

Обѣ корреальныя стипуляціи имѣютъ *въ абсолютномъ смыслѣ* совершенно туже способность, и только вопросъ объ *относительномъ* дѣйствіи той или другой остается нѣкоторое время неразрѣшеннымъ. Три лица, которыя сошлись для корреальнаго обряда, имѣютъ скрытымъ, невыраженнымъ въ словѣ уже рѣшеный вопросъ, что каждое изъ нихъ въ правѣ дѣйствовать отъ своего имени какъ совершенно особо стоящее лицо, какъ исключительный субъектъ обязательства, со всѣми

послѣдствіями дѣйствій одного для обязательства другаго (какъ и при делегаціи). Это какъ бы взаимно данное другъ другу полномочіе формально и стало быть абсолютно разрѣшать всѣ вопросы, касающіеся обязательства, безъ дальнѣйшихъ переговоровъ. Римская техника не могла достигнуть этого иначе, какъ установляя для каждаго особую обязательственную форму. Невозможность двойственности актовъ, двухъ исковъ, двухъ акцептиляцій, условливалась тѣмъ, что всѣ такія сдѣлки дѣйствовали ipso jure на одно обязательство и in continenti, согласно его природѣ, посредствомъ него, на другое. При этомъ, внѣшнимъ, матерьяльнымъ образомъ, отношенія обоихъ обязательствъ оставалось совершенно неопредѣленнымъ: correi не суть ни поручители одинъ до другомъ, ни socii, ни прокураторы; каждый есть субъектъ отдѣльнаго обязательства, связаннаго съ другимъ только тѣмъ, что они идутъ на idem. Обязательства не перестаютъ отъ этого быть отдѣльными, точно такъ, какъ не перестаютъ быть отдѣльными два последовательно возникающія обязательства на idem, изъ которыхъ позднѣйшее консумируетъ предшествующее. Тамъ это novatio. Въ обоихъ одновременныхъ обязательствахъ скрыта совершенно таже возможность, таже способность произвести разрѣшающее дѣйствіе на другое, какъ и при новаціи. Вопросъ только въ томъ, чей формальный актъ опредѣлитъ прежде взаимное отношеніе обѣихъ стипуляцій, и разъ опредѣлившись такъ, оно не можетъ уже послѣ опредѣлиться иначе.

Нѣмецкія попытки разгадать природу явленія клонились къ тому, чтобъ опредѣлить,—какимъ образомъ одинъ вѣритель исключаетъ другаго въ правѣ потребовать ту сумму, которую общій должникъ обязанъ уплатить не одному только, а точно также и другому,—отчего требованіемъ, а не уплатой разрѣшается всё отношеніе. Отвѣта искали въ особой природѣ litis contestatio, въ томъ, что обязательство есть una obligatio, въ томъ что occupantis est melior conditio, въ томъ что всё право исчерпывается здѣсь понятіемъ выбора (electio). Всѣ эти попытки не суть совершенно ошибочныя

и не имѣющія никакихъ основаній, но онѣ не годятся для корреалитета въ его основной формѣ, и если имѣютъ смыслъ, то лишь для послѣдующихъ совершенно позитивныхъ случаяхъ его примѣненія. При легатѣ напр. одинъ даръ, одно lucrum, такъ назначается, что стяжать его можетъ либо тотъ, либо другой, или—предметъ обязательства есть нераздѣльный и притязающихъ двое; тогда объ имѣющемся въ виду изъ обязательства барышѣ можно сказать, что это одна прибыль, одинъ барышъ, и кто прежде его захватитъ, искомъ-ли, или реально,—тотъ и будетъ въ лучшихъ условіяхъ. Или, съ другой стороны, *кого выберетъ* (electio) изъ двухъ должниковъ вѣритель, тотъ и есть въ окончательномъ смыслѣ должникъ.

И такъ, по мнѣнію нѣмцевъ, владѣльческимъ принципомъ, принципомъ выбора, принципомъ единства обязательства должна быть рѣшена тайна корреалитета.

По нашему мнѣнію ни тѣмъ, ни другимъ, ни третьимъ. Природой двухъ сопоставленныхъ формальныхъ обязательствъ, скрытою въ нихъ самихъ силой, формальнымъ видоизмѣненіемъ той или другой, которое можетъ совершить каждый изъ вѣрителей, или которое можетъ быть произведено въ отношеніи къ каждому изъ должниковъ,—разрѣшается вся тайна корреальной конструкціи. О барышахъ, о стяжаніяхъ, о матерьяльномъ содержаніи сдѣлки—нѣтъ никакой рѣчи въ корреалитетѣ. Это чистый продуктъ формализма въ приложеніи къ обороту съ обязательствами. Всѣ вопросы здѣсь только о томъ, кто, какъ, почему можетъ дѣйствовать, и какія формальныя послѣдствія возникаютъ изъ этихъ дѣйствій. Дѣло не въ томъ, что одинъ должникъ имѣлъ несчастіе стать окончательно должникомъ, и не въ томъ, что одинъ изъ вѣрителей имѣлъ счастіе стать окончательно вѣрителемъ. Это не Glücksspiel. Это только юридическій вопросъ, вопросъ о формальномъ погашеніи одного обязательства другимъ, какъ при делегаціи и новаціи. Весь вопросъ исчерпывается юридическимъ, а не экономическимъ содержаніемъ конструкціи. *Для чего въ матерьяльномъ смыслѣ* установлена эта кон-

струкція,—изъ нея самой невидно. Это съ намѣреніемъ, какъ при отвлеченной простой стипуляціи, скрытый моментъ сдѣлки. Изъ сдѣлки видно только, что два лица хотятъ, чтобъ формальные акты одного производили формальныя послѣдствія для другаго. Я принялъ стипуляцію делегата и этимъ погасилъ мое требованіе на делеганта и его требованіе на делега. Тамъ одно nomen сдѣлано bonum, здѣсь оба имѣютъ это качество. Почему я это сдѣлалъ,—это не юридическій вопросъ. Формально сила его не зависитъ отъ мотивовъ воли, а отъ ея простаго акта. Для какой цѣли мы совершили двѣ корреальныя стипуляціи, для того ли, чтобъ *за меня* искалъ, новировалъ, делегировалъ, акцептилировалъ другой вѣритель, или въ тѣхъ видахъ, чтобъ онъ *за себя* принялъ то требованія, которое реально принадлежитъ мнѣ,—это совершенно безразлично для вопроса о формальной силѣ его актовъ. Я-ли, онъ-ли, дѣйствуемъ какъ вѣрители,—это всё равно, всякій дѣйствуетъ въ силу своего обязательства, perinde ac si solus stipulatus esset. Формально эти возможныя матерьяльныя цѣли ничего не измѣняютъ, совершенно такъ, какъ сила делегаціонной стипуляціи остается всегда одинаковой, каково бы ни было прежнее отношеніе делегата къ делеганту и делегатара къ нему-же.

Вотъ нашъ отвѣтъ на вопросъ о природѣ абстрактнаго сопоставленія двухъ отвлеченныхъ стипуляцій, которая есть первоначальная, типическая для корреальнаго обязательства.

Мы не сомнѣваемся въ томъ, что никогда анализъ *юридической* природы явленія на его подлинной почвѣ не можетъ дать никакого инаго результата, чѣмъ этотъ.

Есть-ли нашъ результатъ *исторически* вѣрный?— Если для этого вопроса недостаточно было той общей картины формализма, которую мы сдѣлали, и которую, конечно, можно восполнить дальнѣйшимъ изученіемъ всѣхъ сторонъ системы,—то быть можетъ послѣдующая судьба корреалитета, въ иныхъ условіяхъ, его постепенное выроженія тамъ, гдѣ нѣтъ необходимой для

него атмосферы формализма, еще яснѣе убѣдить насъ въ томъ, что не здѣсь, не въ сферѣ матерьяльнаго характера сдѣлокъ, а лишь въ прямо противуположной ей возможно было его первообразованіе. [1])

---

1) Мы дѣлаемъ здѣсь выноску совершено случайнаго характера въ виду сейчасъ просмотрѣнной нами статьи Бринца о корреальныхъ обязательствахъ въ 1-ой тетради Kritisch. Vierteljohrsschr. за 1874 годъ. Бринцъ приблизительно сдѣлаетъ тѣже упреки Фиттингу какъ и мы выше, но мы думаемъ, что онъ не совершенно правильно оцѣниваетъ заслугу Фиттинга съ догматической точки зрѣнія. Что касается собственныхъ идей Бринца, то онѣ тѣже какъ и въ прежней его работѣ по нашему вопросу. Корреалитетъ опредѣляется принципомъ представительства (Vertretung). Что это узкое опредѣленіе, мы думаемъ, трудно сомнѣваться въ виду приведеннаго выше (стр. 144) свидѣтельства, изъ котораго ясно, что correi назначаютъ другъ друга прокураторами, и если для этого нуженъ особый актъ, то ясно, что самимъ корреальнымъ обрядомъ не опредѣлилась именно спеціальная цѣль представительства. Впрочемъ небольшой article не заключаетъ въ себѣ ничего значущаго, кромѣ выраженій почтительныхъ чувствъ къ знаменитому вѣнскому профессору Арндтсу (къ чему мы охотно присоединились бы, если бъ это могло стать ему извѣстнымъ), 70 лѣтній день рожденія котораго и былъ ближайшимъ поводомъ напечатанія названной статьи.

ОТДѢЛЪ III.

КОРРЕАЛЬНОСТЬ У ПОЗДНѢЙШИХЪ КЛАССИКОВЪ.

Намъ надо перейти въ условія совершенно иной эпохи въ исторіи права, для того чтобы уразумѣть характеръ послѣдующаго развитія понятія корреальности. По свойствамъ спеціальнаго изслѣдованія мы не можемъ принять на себя задачи опредѣлять характеръ этой эпохи во всѣхъ чертахъ. Слишкомъ обобщенныя характеристики теряютъ опредѣленность; входящія въ частности отвлекаютъ вниманіе отъ ближайшаго интереса изысканія.

И такъ мы неизбѣжно должны здѣсь взять только тѣ черты новаго времени, которыя, опредѣляя собой общія свойства институтовъ новаго образованія, ближе всего связаны съ подлежащей нашему анализу конструкціей.

Мы видѣли выше, что старое время знало чрезвычайно мало юридическихъ средствъ для цѣлей гражданскаго оборота. Эта *скудость средствъ* есть несомнѣнно одна изъ опредѣляющихъ старую систему квиритизма особенностей. Если мы скажемъ, что юридическія формы въ эту пору всѣ на перечётъ, что для одной цѣли всегда одно средство, [1]) то мы еще не выразили всего

1) Эта мысль не есть наша, ее много разъ такъ или иначе уже выражали въ обширной литературѣ римскаго правовѣдѣнія, и мы хотимъ здѣсь сказать только, что почитаемъ ее за неоспоримую. Значитъ ли это, чтобъ ее никто не оспаривалъ? Отъ всякой мысли о безспорности тѣхъ или другихъ мнѣній по римско-

существа дѣла. Основная черта системы формализма заключается въ томъ, что тамъ *одна* абстрактная форма способна служить *для множества* конкретныхъ цѣлей. Это общее свойство абстракціи Это внутреннее содержаніе понятія строгаго права. Оно всё именно тѣмъ исчерпывается, что нормы въ немъ не суть никогда принаровленныя, иныя для каждаго даннаго случая, мультиплицирующіяся всё больше и больше въ виду потребностей жизни. Совершенно на оборотъ, тамъ всё стянуто къ центральнымъ пунктамъ, къ основнымъ линіямъ института. Въ этомъ существенное достоинство формализма. Въ этомъ историческая заслуга квиритской системы. Это давало праву тотъ образъ извѣстности и оконченности (jus certum atqve finitum), котораго, въ такой мѣрѣ, нѣтъ ни въ одномъ новомъ законодательствѣ. [2])

му праву надо разъ навсегда отказаться. Тутъ нѣтъ ничего, что когда нибудь и кѣмъ нибудь не подвергалось бы сомнѣніямъ. Когда почтеннѣйшій изъ представителей отживающаго догматизма, умершій гейдельбергскій профессоръ ф. Вангеровъ начиналъ свои чтенія Пандектовъ, то слушатель узнавалъ въ первый-же часъ, что всё содержаніе его курса есть jus controversum. Засимъ слѣдовала самая выработанная, самая непререкаемая догматика, которая со всѣхъ сторонъ была окружена ересями, лжеученіями, ошибками, получавшими тутъ-же достойную кару. При изумительномъ дарѣ преподаванія ничто не могло инструктивнѣе дѣйствовать на аудиторію, какъ этотъ вѣчный призывъ на бой противъ лжеученія. Но надо знать, однако, откуда это jus controversum, гдѣ его источникъ, въ самомъ ли римскомъ правѣ, или въ томъ отношеніи къ нему, которое создала средневѣковая дисциплина, въ этомъ догматизмѣ, въ этомъ недостаткѣ исторической критики его положеній.... Какъ бы то ни было, если у Юстиніана довольно было 29 фрагментовъ, чтобъ исчерпать весь титулъ de rebus dubiis, то у насъ накопились цѣлыя volumina nocentia, въ которыхъ нѣтъ ничего кромѣ контроверзъ, словари контроверзъ, особое ремесло собирать ихъ, особое умѣнье вездѣ видѣть спорный пунктъ, цѣховая любовь къ своему дѣлу. И у такихъ мастеровъ, конечно, не найдется ничего безспорнаго во всемъ текстѣ юстиніановской кодификаціи. Слѣдъ старой страсти, почтеннаго цѣховаго духа, даетъ часто себя и теперь чувствовать у такихъ юристовъ, которые ничего не могутъ мыслить иначе какъ qvellenmässig.

2) Мы не уходимъ здѣсь дальше въ оцѣнку достоинствъ формализма. Объ этомъ много писано, и всего что можетъ быть

Такъ или иначе, но для насъ съ характеромъ неоспоримой истины, кореннаго свойства старой системы является эта черта—скудости формъ, которыми долженъ былъ обходиться гражданскій оборотъ въ первое время развитія словесныхъ сдѣлокъ.

Другая черта, которую мы тоже имѣли въ виду выше, это абсолютная, *рѣшающая сила* всякаго акта. Ничто не есть только попытка. Истецъ не можетъ ставить иска иначе, какъ для того чтобъ получить судебное рѣшеніе, ибо разъ предъявивъ свой искъ,—онъ безвозвратно консумируетъ свое право. Отвѣтчикъ не можетъ доводить до процесса, если онъ не хочетъ привлечь на себя всѣхъ послѣдствій кондемнаціи. Опять и здѣсь никогда не можетъ имѣть мѣста простая попытка судиться, ибо отъ отвѣтчика не примутъ даже всей цѣны иска, разъ онъ довелъ дѣло до суда;—тогда необходимо судебное рѣшеніе.

Третья черта стараго права, которая тоже стоитъ въ прямой связи съ природой изучаемаго нами явленія,—это постановка въ *одномъ процессѣ одного вопроса*, на который долженъ послѣдовать одинъ рѣшающій отвѣтъ,—при чемъ всѣ возраженія, ограниченія и проч. должны быть выдѣлены въ особые иски.

То, въ чемъ мы усматриваемъ элементы прямо противуположные этимъ основнымъ чертамъ старой системы,—всё это мы называемъ новыми условіями, въ которыя поставлено было позже то явленіе, которое мы изучаемъ.

сказано, кажется, никогда не будетъ достаточно, чтобъ привести къ сознанію высокую практическую важность вопроса. Его нельзя разъяснять *при случаѣ*. Онъ требуетъ всего вниманія для полнаго уразумѣнія его важности. Если эта извѣстность, эта оконченность права въ классической системѣ условливалось существенно тѣмъ, что никто тамъ и не подумалъ бы называть правомъ такое притязаніе, по которому нѣтъ иска,—то мы спросимъ—чего у насъ нельзя назвать правомъ, и какъ мы придемъ къ тому чтобъ наше право было тоже jus certum и finitum? Гдѣ эта нотная система, по которой поютъ наши cantatores formularum? Отчего volumina nocentia нашихъ руководящихъ рѣшеній похожи больше на кучу, чѣмъ на зданіе?

И такъ, прежде всего, въ эпоху позднѣйшаго классицизма не только нѣтъ недостатка въ средствахъ для юридическаго оборота; а напротивъ они изобильны до излишества. Они представляютъ собой результатъ вполнѣ законченнаго развитія двухъ системъ. Доказывать это слишкомъ легко. Какой бы институтъ мы ни взяли, вездѣ одно и тоже явленіе. Не касаясь подробностей,— довольно того, что можно было всю сферу своихъ имущественныхъ отношеній устраивать такъ или иначе, по тѣмъ или другимъ нормамъ, по преторскому или цивильному праву.

Другая черта—эта рѣшающая, абсолютная сила актовъ,—она уже такъ рано потерпѣла видоизмѣненія, и мы видѣли выше, что, по ученію сабиніанцевъ, совершенно возможно было начать искъ для того только, чтобъ кончить его тѣмъ, что исключаетъ всякую надобность въ спорѣ, т. е. уплатой требуемой суммы.

Наконецъ принципъ единства вопроса есть давно нарушенный въ преторской юрисдикціи.

Не надо думать, чтобъ эти новыя начала вытѣснили механически, какъ новый законодательный актъ, всѣ старые порядки; совершенно наоборотъ, римскій геній былъ въ высшей степени консервативнымъ по отношенію къ своему прошедшему [1]). Ни одна форма, созданная прошедшей жизнью, никогда не терялась изъ памяти народа [2]).

Если формализмъ въ правѣ въ первое время развитія юридическихъ институтовъ составлялъ историческую необходимость, то теперь въ немъ заключался базисъ для дальнѣйшей постройки свободнѣйшей и обширнѣйшей системы институтовъ juris gentium. Никогда позднѣйшіе юристы, преслѣдуя новыя цѣли эквитета, не теряли изъ виду математическихъ линій, преж-

---

1) И въ этомъ опять быть можетъ никакой изъ новыхъ народовъ не подходитъ такъ близко къ римскому типу, какъ англійскій.

2) На эту черту римской культуры многократно обращаетъ вниманіе Ihering.

де определившихся въ эпохѣ формализма, и конечно только этимъ знаніемъ математическихъ законовъ условливалась возможность выполненія такого необъятнаго сооруженія, какое мы видимъ въ сложившемся окончательно формахъ позднѣйшаго права. Центральные пункты, прямыя линіи всегда были въ виду у строителей, и они хорошо сознавали, насколько и гдѣ возможно отступить отъ строгой правильности, отъ этой ratio juris, не подвергая опасностямъ всю конструкцію. Конечно, не прекратившимся творчествомъ жизни, а затерявшейся связью съ прошедшимъ, забвеніемъ основъ института въ системѣ формализма условливалось позднѣйшее многоплодіе законодателей, которое ничего, однако, не прибавляло къ величію созданной прежде системы.

Мы видѣли выше, что корреальная конструкція способна была служить для самыхъ разнообразныхъ цѣлей гражданскаго оборота. Позже—этого вовсе не нужно, ибо для спеціальныхъ цѣлей есть вездѣ спеціальныя средства. Такимъ образомъ, хотя корреальныя стипуляціи вовсе не выходятъ изъ употребленія и всѣ ихъ формальные реквизиты были хорошо извѣстны даже при Юстиніанѣ,—но корреалитетъ вовсе уже не примѣняется тамъ, гдѣ его примѣняли прежде. Для оборота съ требованіями теперь нѣтъ болѣе надобности создавать два обязательства, ставить ихъ въ извѣстную связь, ибо можно и безъ этого гораздо легче и удобнѣе произвести цессію. Для всякаго рода интерцессіи возникли изобильные другіе спеціальныя формы.

За то съ другой стороны, отрѣшаясь совершенно отъ прежнихъ строгихъ формъ корреальной конструкціи, понятіе *елективнаго сопоставленія* двухъ обязательствъ нашло себѣ новый, обширнѣйшій кругъ примѣненія въ сферѣ первоначально совершенно для него чуждой.

Эту сторону вопроса, процессъ вырожденія корреалитета въ новыхъ условіяхъ, мы и должны разсмотрѣть здѣсь ближе.

I Примѣненіе понятія корреальности внѣ первоначальной сферы. Противуположеніе съ солидарностью.

Мы видѣли уже выше, что формальные реквизиты въ обрядѣ установленія корреалитета посредствомъ стипуляцій, стало быть даже въ этой подлинной для него формѣ, не выполнялись съ прежней строгостью уже при Юліанѣ (стр. 122). Во время Ульпіана весь смыслъ обряда исчезаетъ почти совершенно. Отчего? Есть ли теперь та опасность, въ виду которой прежде необходимо было тщательно скрыть признакъ разновременности обѣихъ стипуляцій? Нѣтъ, теперь совершенно иное время, когда одно средство можетъ очень хорошо уживаться съ другимъ, хотя оба они потребны для одной только цѣли. Одно обязательство консумируетъ другое только при томъ условіи, что этого именно хотятъ стороны (animus novandi). Иначе frustra timetur novatio; и если двѣ стипуляціи на idem суть послѣдовательныя, такъ что differentia между ними видна съ перваго взгляда, но стороны хотятъ, чтобъ онѣ обѣ сохранили силу,—тогда достаточно выразить эту волю, и судъ долженъ будетъ примѣнить здѣсь ровно тѣже начала, которыя имѣли бы мѣсто при совершенно точно выполненной verborum selennitas (тамъ-же дальше).

Но этимъ вовсе не ограничивается сфера примѣненія высвобождающагося изъ старыхъ формъ *понятія* корреальности.

Мы выше видѣли, что къ извѣстному сочетанію двухъ легатовъ прилагается тоже понятіе. Сжато формулируя вопросъ, мы спросимъ—что здѣсь легатъ есть средство для установленія корреалитета, или корреалитетъ есть средство, для того чтобъ выдти изъ затрудненій, въ которое testator въ этихъ случаяхъ ставитъ истол-

---

1) Эта сторона вопроса лучше другихъ выполнена Helmolt'омъ хотя у него почти такое-же изобиліе группъ, подраздѣленій, цифръ, литеръ, условныхъ знаковъ, какъ въ англійской грамматикѣ Робертсона.

кователей своей воли? Едва ли возможно сомнѣваться, что въ массѣ случаевъ послѣднее отношенiе есть правильное. И такъ, если мы встрѣчаемъ въ догматическомъ руководствѣ—auch durch ein Legat kann die Correalität entstehen,—то это еще не значитъ, что оба способа установленiя этой формы суть равнозначущiе. Различiя между тѣмъ и другимъ очень существенны. Разсмотримъ слѣдующiе вопросы. Можетъ ли *хотѣть* завѣщатель корреальной конструкцiи двухъ обязательствъ? *Надо ли чтобъ онъ* этого именно *хотѣлъ*, для того чтобъ мы пришли къ необходимости приложить сюда начало корреальности? Имѣетъ ли тутъ институтъ корреальнаго обязательства *тотъ-же смыслъ и туже цѣль*, какъ при двухъ стипуляцiяхъ? На оба послѣднiе вопроса мы отвѣчаемъ отрицательно, о первомъ-позже.

Если мы только взглянемъ на тѣ свидѣтельства классиковъ, въ которыхъ видны случаи примѣненiя корреалитета къ легатамъ, какъ тотчасъ-же будетъ ясно, насколько различны условiя образованiя корреалитета посредствомъ стипуляцiй и изъ легата. Мы выше привели мѣсто (стр. 44), гдѣ говорится, что въ данныхъ условiяхъ два наслѣдника, то тотъ, то другой обязуются уплатить тѣже десять Сею. Юристъ рѣшаетъ—si cum uno actum sit, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Такъ думаетъ Помпонiй. Хотѣлъ ли этого завѣщатель,—объ этомъ вовсе нѣтъ рѣчи. Si hoc actum sit—вовсе не есть необходимое условiе чтобъ принять корреальность обязательствъ. У Юлiя Павла мы находимъ совершенно такой-же выходъ тамъ, гдѣ прямая случайность была причиной возникновенiя двухъ требованiй.

> Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potius dari oportet, utputa si Titio relictum est, et duo ejusdem nominis amici testatoris veniant, et legatum petant, et heres solvere paratus sit, deinde ambo defendere heredem pa-

rati sint, eligere debere heredem, cui solvat, ut ab eo defendatur. [1])

Совершенно такая-же случайность возможна и иначе. Мы видѣли выше, у того же Юлія Павла, другой случай, гдѣ необходимо совершенно позитивнымъ путемъ искать выхода изъ затрудненій (стр. 46).

Выше мы поставили еще вопросъ—можетъ ли завѣщатель *хотѣть* корреальнаго сопоставленія двухъ обязательствъ какъ въ стипуляціи? Это возможно, конечно, но здѣсь цѣль будетъ совершенно другая, чѣмъ при сопоставленіи двухъ стипуляцій и несравненно болѣе узкая. Въ случаяхъ активнаго сопоставленія этимъ можетъ быть предупреждаема опасность отказа онерированнаго отъ выгодъ изъ наслѣдства. Тогда вся цѣль есть обеспеченіе матерьяльнаго выполненія воли во всемъ объемѣ. Какая можетъ быть цѣль пассивнаго сопоставленія двухъ легатаровъ по одному легату? Опять тоже, чтобъ отказъ одного легатара не вліялъ на другой. Такая цѣль достигается назначеніемъ легата общему рабу. Юліанъ говоритъ:

Si servo communi res legata fuisset, potest alter dominus agnoscere legatum, alter repellere; nam in hanc causam servus communis qvasi duo servi sint [2]).

Наконецъ, извѣстно, что римляне часто ради любезности или просто вѣжливости назначали легаты своимъ друзьямъ, и тогда весь смыслъ назначенія получалъ совершенно особый оттѣнокъ.

Мы спрашиваемъ,—при этомъ различіи характера сдѣлокъ,—есть ли возможность разсматривать легатъ и стипуляцію какъ два одинаковыхъ способа установленія корреальнаго обязательства?

---

1) L. 8 § 3 D. de legatis II. Ср. еще воособенности L. 24 D. 34. 5. и L. 11 § 21 D. de leg. III.

2) L. 81 § 1 D. de legat. I.

Здѣсь все направленіе вопроса въ иную сторону. Рѣчь вовсе не объ оборотѣ съ обязательствами, не о природѣ двухъ абстрактныхъ стипуляцій и ихъ взаимодѣйствіи, не объ одномъ кредитѣ, который погашаетъ другой, а о томъ—кто изъ двухъ стяжаетъ, о матерьяльномъ результатѣ, и приложеніе сюда *принциповъ* корреалитета есть лишь аналогическое, ограниченное, условное, позитивное. Оно вовсе не изъ природы сдѣлки вытекаетъ. Природа сдѣлки не абстрактная, а матерьяльно характеризованная. Это актъ *дароваго* стяжанія (см. выше, стр. 73, примѣч.). Корреальная форма никогда не разовьется на этой сдѣлкѣ во всей многосторонности своего практическаго значенія. Здѣсь это какъ чужое слово, попавшее въ область языка, ему вовсе не родственнаго. Оно будетъ служить только прямо для опредѣленной цѣли и никогда дальше. Могутъ ли имѣть здѣсь, въ корреалитетѣ изъ легата, какой нибудь смыслъ всѣ эти pacta de non petendo, взаимныя поручительства, назначенія другъ друга прокураторомъ, установленія товарищества и весь этотъ живой дѣятельный юридическій обмѣнъ, который мы наблюдали въ корреальной стипуляціи? Конечно, нѣтъ. Мы видѣли выше, что легатъ приводится самъ въ форму стипуляціи, и въ этомъ какъ нельзя болѣе характерно обнаруживается различіе оборотнаго значенія обѣихъ формъ. Совершенно понятно, въ виду этихъ соображеній, что Папиніанъ сопоставляетъ корреалитетъ изъ тестамента съ корреалитетомъ изъ *матерьяльныхъ* контрактовъ (кромѣ займа, см. выше, стр. 88), *противуполагая* то и другое типическому случаю его возникновенія изъ стипуляціи. Въ его время именно non tantum verbis, sed et ceteris contractibus... (et) testamento [1]) могли возникнуть корреальныя отношенія, но, конечно, только когда этого именно хотѣли стороны или форма корреальнаго обязательства представляла удобство для выхода изъ затруд-

1) L. 9 D. h. t.

нительныхъ задачъ истолкованія воли [1]). Въ случаяхъ подобнаго рода мы находимъ въ источникахъ прямо колебаніе,—какой приложить сюда принципъ: корреальности или проратарности (или, для матерьяльныхъ контрактовъ, еще и солидарности), и надежнымъ мѣриломъ служитъ не сама сдѣлка, а особая clausula, которую присоединяютъ стороны—ita ut duo rei promittendi fierent [2]).—Любопытно было бы, если бы и въ эту пору, корреальное обязательство изъ легата разрѣшалось не иначе какъ посредствомъ акцептиляціи, или корреалитетъ изъ консензуальнаго контракта непремѣнно verbis! Мы увидимъ, что, послѣдовательно, въ этой новой сферѣ примѣненія, всѣ фазы юридическаго отношенія станутъ постепенно измѣняться, пока изъ этого общаго превращенія не выяснится окончательно, что вся игра формъ, весь кругъ операцій съ отвлеченнымъ контрактомъ verbis, также какъ и самъ этотъ контрактъ, совсѣмъ отжилъ свое время.

Такъ съ легатами. Но и съ самой стипуляціей видоизмѣненія идутъ очень далеко: у одного изъ позднѣйшихъ классиковъ (Флорентина) находимъ, что duo rei promittendi могутъ промиттировать такъ, что obligatio одного будетъ pure contracta, а другаго in diem vel sub conditione [3]). Далѣе, въ форму корреальнаго обязательства облекаются такія сдѣлки, гдѣ яснѣе дня видна цѣль простой гарантіи и легчайшаго способа взыскивать, съ которою установляется эта форма, а вовсе не оборота съ требованіями, напр. при обязательствѣ двухъ мастеровыхъ ejusdem peritiae выполнить работу [4]).

Наконецъ, къ двумъ обязательствамъ, которыя возникли совершенно независимо одно отъ другаго, которыя совершенно случайно совпали одно съ другимъ,

---

1) L. 3 pr. D. h. t.: si hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur.

2) L. 11 § 1 и 2. eod.

3) L. 7, L. 9 § 2 D. h. t.

4) L. 5 D. h. t.

прилагается тотъ-же принципъ. Мы разумѣемъ фидеюссоровъ по одному обязательству, которыхъ источники называютъ confidejussores [1]). Выше достаточно былъ разъясненъ процессъ постепеннаго отложенія формы поручительства отъ прототипической формы корреалитета. Въ извѣстныхъ моментахъ онѣ могутъ сходиться, и тогда юристы спеціально отмѣчаютъ, что in hac causa non differunt (sc. fidejussores) a duobus reis promittendi [2]). На этихъ сдѣлкахъ остается слѣдъ формализма, и отсюда консумціи однимъ искомъ притязанія противъ обоихъ въ извѣстномъ, очень условномъ кругѣ случаевъ. Но отношенія сопоручителей суть *матерьяльно* опредѣленныя и поэтому одной формой вовсе не исчерпывается ихъ существо, и за дѣйствіемъ формы тотчасъ идетъ цѣлый рядъ вопросовъ объ уступкѣ иска, о регрессѣ и т. д. ибо для fidejussor'а его обязательство есть aliena causa. Совпаденіе двухъ фидеюссоровъ представляетъ такія осложненія, которыя не имѣютъ ничего общаго съ простой природой корреальныхъ стипуляцій.

Всѣ случаи, которые мы разсмотрѣли до сихъ поръ, хотя представляютъ собою явленіе *примѣненнаго* понятія корреалитета, но все таки въ сферѣ, которая не чужда совершенно элементовъ формализма, гдѣ, по крайней мѣрѣ, формула процесса можетъ заключать въ себѣ всѣ условія, которыя необходимы для того, чтобъ выведенное въ судъ обязательство было консумировано ipso jure.

Но вотъ другіе случаи, въ которыхъ вовсе не имѣетъ мѣста такая формула, гдѣ не ipso jure, а только посредствомъ эксцепціи устраняется искъ противъ другаго обязаннаго, и стало быть ни то обязательство, которое выведено въ судъ, ни то, которое стояло рядомъ съ нимъ, не исчезаютъ безслѣдно какъ двѣ абстрактныя

---

1) Helmolt даетъ имъ имя duae obligationes confidejussoriae!

2) L. 20 D. 12. 6. Два поручителя по обязательствамъ того и другаго должника при корреалитетѣ не суть confidejussores. Все разнообразіе отношеній въ этихъ случаяхъ видно въ слѣд. мѣстахъ: L. 26—28 L. 51 § 4 D. 46...

корреальныя стипуляціи. Мы разумѣемъ actiones adjectitiae qvalitatis. И не смотря на все различіе ихъ природы мы имѣемъ прямое свидѣтельство Ульпіана, изъ котораго ясно, что искомъ противъ одного обязаннаго прекращается возможность искать противъ другаго:

> Haec actio (exercitoria) ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest [1]).

Дѣйствіе иска здѣсь есть совершенно такое, какъ при корреальномъ обязательствѣ, хотя источники даже не называютъ обоихъ обязанныхъ корреальными должниками [2]). Этотъ совершенно отвлеченный признакъ однако—si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest—останется единственнымъ надежнымъ критеріемъ, которымъ до позднѣйшаго времени отмѣчали случаи, гдѣ обязательства двухъ лицъ представляютъ аналогію корреалитета, отъ случаевъ только солидарнаго ихъ сопоставленія. Между обоими обязательствами ясно отношеніе придатка (accesio) одного къ другому. Сверхъ того интенція ставится на имя одного, кондемнаціи на имя другаго, какъ при прокуратурѣ. Очевидно параллель съ корреальными обязательствами можетъ быть лишь самой отдаленной, и если она для чего нибудь нужна, то только для того, чтобъ отличить это явленіе отъ другаго, съ которымъ теперь такъ легко смѣшать корреалитетъ, именно отъ простой солидарности.

Въ отношеніяхъ изъ легата, изъ fidejussio, есть одна черта, которая сближаетъ природу этихъ сдѣлокъ съ

---

1) L. 1 § 24 D. 14. 1.

2) Въ литературѣ господствуетъ по поводу исковъ adjectitiae qvalitatis большое различіе мнѣній. Вангеровъ видитъ тутъ корреалитетъ, Савиньи думаетъ иначе. Естественно, что мы здѣсь вовсе не думаемъ рѣшать трудный вопросъ, и касаемся его только въ той мѣрѣ, въ какой это явленіе тоже служитъ выраженіемъ принципа погашенія иска противъ одного лица искомъ противъ другаго.

природой отвлеченной стипуляціи. Это качество односторонности притязаній, противъ которыхъ не можетъ быть выставлено встрѣчнаго притязанія, какъ при сдѣлкахъ сюналлагматическаго характера. Но вотъ цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ именно такого рода контракты *могутъ быть*, если этого именно *хотятъ* стороны, также устраиваемы съ характеромъ альтернативности иска противъ того или другаго должника. Объ этомъ свидѣтельствуетъ Папиніанъ въ извѣстномъ по своей трудности L. 9 D. h. t.

> Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusqve fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi, qvia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento..... § 1 Sed si qvis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa qvoqve praestaretur, verius est, non esse duos reos, a qvibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum est, qvum duo qvoqve culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, qvia posterior conventio, qvae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, qvae duos initio reos fecit, mutare non potest; qvare si socii sint, et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum pro derit.

Одно, что не подлежитъ сомнѣнію въ этомъ мѣстѣ, это что Папиніанъ имѣетъ въ виду къ контрактамъ любаго образованія приложить такія начала, которыя собственно возникли и развились на контрактахъ verbis. За этимъ идетъ вопросъ, какимъ образомъ и въ какой степени возможно приложеніе одинаковыхъ началъ къ явленіямъ столь мало сходнымъ? Прежде всего надо разъяснить себѣ, можетъ ли изъ самой сдѣлки, изъ ея

формы и способа совершенія быть въ данномъ случаѣ ясно, что стороны хотятъ именно корреальнаго обязательства. Достаточно-ли того, что я двумъ лицамъ далъ вещь въ ссуду или у двухъ лицъ депонировалъ ее, чтобы отсюда прямо можно было заключить о намѣреніи должниковъ отвѣчать какъ duo rei promittendi? Мы видѣли выше, что въ позднѣйшую эпоху классицизма корреалитетъ даже изъ стипуляцій принимался при условіи, si hoc actum inter eos sit. Объ этомъ свидѣтельствуетъ тотъ-же Папиніанъ и Ульпіанъ. [1]) Кромѣ этого въ нѣсколькихъ мѣстахъ изъ Ульпіана мы находимъ прямо выраженнымъ, что при тѣхъже контрактахъ, о которыхъ говоритъ здѣсь Папиніанъ, можетъ вовсе не быть корреальной отвѣтственности должниковъ, хотя вещь депонирована и коммодирована обоимъ.

Si apud duos sit deposita res, adversus unumqvemqve eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur; non enim electione, sed solutione liberantur.

Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scripsit, qvaeri posse, utrum unusqvisqve eorum in solidum an pro parte teneatur?

Et ait, duorum qvidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec qvemqvam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balnei qvidem, vel porticus, vel campi uniuscujusqve in solidum esse, neqve enim minus me uti, qvod et alius uteretur,—verum in vehiculo commodato vel locato pro parte qvidem effectu me usum habere, qvia non omnia loca vehiculi teneam; sed

---

1) Ср. L. 3 pr. L. 11 § 1 и 2 D. h. t.

esse verius ait, et dolum, et culpam, et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere. Qvare duo qvodammodo rei habebuntur, et si alter conventus praestiterit, liberabit alterum, et ambobus competit furti actio. [1])

Если изъ способа совершенія реальныхъ и консензуальныхъ контрактовъ никогда не можетъ быть ясно, какъ изъ типическаго обряда корреальной стипуляціи, желаніе сторонъ обязаться въ качествѣ двухъ rei promittendi, то понятнымъ образомъ только особое pactum [2]) можетъ быть пригоднымъ для этой цѣли, и Папиніанъ дѣйствительно выражаетъ это требованіе, говоря о вѣрителѣ—utriusqve fidem in solidum secutus, и требуя, чтобъ соглашеніе съ тѣмъ и другимъ шло на одну мѣру отвѣтственности, ибо verius est, non esse duos reos, a qvibus impar suscepta est obligatio.

Несомнѣнно, что въ обоихъ случаяхъ, которые ближе разъяснены Папиніаномъ (depositum и commodatum), цѣль установленія пассивнаго корреалитета есть именно обезпеченіе депонента или коммоданта. [3])

Въ чемъ-же достоинство именно этой формы обезпеченія и какимъ образомъ Папиніанъ могъ придти къ тому, чтобъ допустить приложеніе понятія корреальности къ совершенно чуждой природѣ ея сферѣ матерьяльныхъ контрактовъ?

---

1) L. 1 § 43 D. 16. 3. L. 5 § 15. D. 13. 6. Обширную экзегезу этихъ мѣстъ и изслѣдованіе вопроса объ отвѣтственности наслѣдниковъ договаривающихся (L. 22 D. 16. 3 и L. 3 § 3 D. 13. 6.) предлагаетъ Риббентропъ, § 19.

2) Особенно подробно о такого рода соглашеніяхъ и вмѣстѣ толкованіе на текстъ идущее на 120 стр. (! отъ 150—273) у Demangeat. Здѣсь собственно базисъ ученія Demangeat, но недостатокъ историческаго метода мѣшаетъ ему воспользоваться его-же собственной правильной постановкой вопроса.

3) Мы видимъ здѣсь случай примѣненія понятія корреалитета вопреки Demangeat и многимъ другимъ и согласно съ Риббентропомъ, только иначе объясняя себѣ возможность и интензивность корреальности въ данномъ случаѣ, чѣмъ Риббентропъ.

Вотъ наше объясненіе. Въ контрактахъ матерьяльныхъ, которые здѣсь имѣетъ въ виду Папиніанъ, возможны такія отступленія отъ самыхъ существенныхъ требованій корреальной конструкціи, что прямо изъ природы ихъ никогда не способно само собой возникнуть то абстрактное, существенно-одностороннее, строгое требованіе, которое необходимо для того, чтобъ существовалъ весь механизмъ корреалитета. Изъ формы возникновенія контракта (re, consensu), изъ содержанія обязательствъ, какъ оно развивалось позже (сюналлагма), изъ отношенія права къ иску (искъ можетъ быть bonae fidei, formula можетъ быть in factum concepta) нѣтъ никакой возможности конструировать ту технику, которою опредѣляется вся природа явленія корреальности. При deposit'ѣ, напр., конечно не acceptilatio нужна, чтобъ развязать всё отношеніе. Было бы странно требовать тутъ тѣхъ обрядовъ, которые условлены формализмомъ словесныхъ сдѣлокъ, когда вопросъ вовсе не о формѣ, а о возвращеніи вещи взятой на сохраненіе. Совершенно тоже должно сказать и объ консензуальныхъ контрактахъ. Далѣе, при deposit'ѣ искъ можетъ быть поставленъ in factum,—тогда какая возможность допустить консумирующее дѣйствіе litis contestatio?

Все это возраженія, которыя много разъ повторялись даже тѣми писателями, которые далеко не столь строго проводятъ необходимость связи корреалитета съ формальными обязательствами, какъ мы это дѣлали. Но дѣло въ томъ, что у большинства нашихъ предшественниковъ вовсе не проведено границы между эпохой первоначальнаго развитія явленія, въ условіяхъ строгаго формализма, и послѣдующимъ, свободнымъ примѣненіемъ корреальности, какъ отвлеченнаго понятія въ совершенно иную и несравненно болѣе широкую сферу. И въ этомъ, мы полагаемъ, существенная причина многочисленныхъ недоразумѣній, порождаемыхъ мнѣніемъ Папиніана.

Вмѣсто однихъ конкретныхъ формъ, въ которыхъ образовалось явленіе, юристъ видитъ теперь скрывавшееся за ними содержаніе, ихъ смыслъ, отрѣшенный

отъ необходимой прежде обрядности. Въ способности возсоздать, независимо отъ формальныхъ реквизитовъ отношенія, внутреннія черты его видна та сила критики явленій, та ясность сознанія, которой достигли корифеи римской юриспруденціи. Они приходятъ къ исторической реминисценціи тѣхъ внутреннихъ силъ, которыми условливалась самая возможность возникновенія извѣстныхъ формъ. Мы видѣли выше, что для установленія абстрактнаго обязательства нужно слово, которое прямо должно исходить отъ лица personae sui juris, слово въ простомъ, матерьяльномъ смыслѣ, и тогда— uti lingva nuncupassit—ita jus esto. Мы видѣли, что въ этихъ старыхъ формальныхъ сдѣлкахъ вербальнымъ обрядомъ закрывается отъ суда все внутреннее содержаніе акта. Всѣ отношенія являются какъ имѣющія свою послѣднюю основу въ волѣ стипулятора или промиссора. Вся внутренняя сторона неизвѣстна. Это особенно ярко выражается именно въ корреалитетѣ. Здѣсь скрыто всё и видны только абстрактныя линіи договорныхъ отношеній. Два должника могутъ стать рядомъ другъ съ другомъ, чтобъ гарантировать лучше вѣрителя. Но они не говорятъ этого именно. Они дѣлаютъ это. Въ чемъ достоинство акта? Въ той энергической постановкѣ двухъ обязательствъ, гдѣ оба берутъ на себя всю отвѣтственность не какъ одинъ за другаго, а одинъ за другаго, какъ за самого себя. Въ чемъ практическій смыслъ такой гарантіи? Въ томъ, что у каждаго есть всѣ побужденія человѣка дѣйствующаго отъ своего имени и по своему слову, отъ себя лично. Въ чемъ энергія постановки вопроса со стороны вѣрителя? Въ томъ, что онъ каждому оказываетъ всё довѣріе (utriusqve fidem in solidum secutus), каждое обязательство (nomen) одобряетъ заранѣе въ равной мѣрѣ (bonum fecit).

Несомнѣнно, что это составляло внутренній смыслъ того выработаннаго формализма, который мы видѣли выше. И у Папиніана этотъ смыслъ института является сознаннымъ совершенно независимо отъ формы. Это, говоримъ мы, живая реминисценція внутреннихъ моти-

вовъ явленія, которая ищетъ себѣ свободнаго выраженія въ любой формѣ.

Для сферы совершенно иной примѣняются тѣже начала, и только то, что формой условлено, одной формой, то должно отойти, какъ случайное нѣчто. Внутреннія свойства энергической постановки обоихъ обязательствъ всѣ на лицо. Оба должника, которые хотятъ дать обезпеченіе кредитору, являются каждый отвѣчающимъ за себя. Всѣ внутренніе мотивы, служащіе гарантіей бдительности каждаго, суть тѣже, что и въ корреальной стипуляціи. Съ точки зрѣнія моральной это больше обезпечиваетъ вѣрителя, чѣмъ солидарная отвѣтственность. Съ другой стороны самъ вѣритель, utriusque fidem in solidum secutus, только въ этой постановкѣ характера отвѣтственности можетъ искать юридической гарантіи своего права, и совершенно такъ, какъ при корреалитетѣ, искомъ съ одного консумируетъ свое право, хотя формальной невозможности искать съ другаго, какъ въ обязательствахъ verbis, здѣсь вовсе нѣтъ.

Любопытно, что въ этой ширинѣ и свободѣ примѣненія ученіе является только у Папиніана.

Ни у одного изъ классиковъ вопросъ не поставленъ такъ обще. Всѣ другіе только такъ сказать частнымъ образомъ отрѣшаются отъ необходимаго условія проявленія корреалитета въ извѣстной формѣ. Всѣ другіе способны только въ извѣстной сферѣ отношеній мыслить существенныя черты корреальнаго сопоставленія обязательствъ независимо отъ необходимыхъ для этого условій, въ самой природѣ двухъ стипуляцій лежащихъ. У Папиніана понятіе является свободнымъ отъ формальныхъ реквизитовъ для самой обширной сферы отношеній, изъ реальныхъ, консензуальныхъ контрактовъ, изъ актовъ послѣдней воли. Вездѣ одинаково возможно его аналогическое приложеніе.—Какой смыслъ для насъ можетъ имѣть то, что у *одного Папиніана* встрѣчается эта полнота отрѣшенія понятія отъ конкретныхъ условій его проявленія? Въ нашихъ глазахъ это прежде всего свидѣтельство силы мысли, способной разомъ по-

бѣдить всѣ тѣ препятствія, которыя иная мысль побѣждаетъ лишь шагъ за шагомъ. Съ другой стороны, для насъ, съ историко-юридической точки зрѣнія, это свидѣтельство того, что лишь эпоха позднѣйшаго классицизма способна была критически и совершенно свободно отнестись къ явленіямъ стараго формализма, старой обрядности.—Что извлекаетъ для себя догматикъ изъ того, что одинъ *только* Папиніанъ высказывается въ пользу возможности корреалитета при emtio venditio, commodatum и проч?—Одно чувство скорби о малой доказательности *одного мѣста*, которое вовсе не поддержано другими параллельными, хотя бы напр. изъ Урзея Ферокса или Фуфидія.

Мы разсмотрѣли такимъ образомъ обширный кругъ сдѣлокъ (negotia), въ которыхъ въ это позднѣйшее время могло найти себѣ примѣненіе понятіе корреальности: Что содержало въ себѣ это понятіе теперь,—это мы увидимъ лишь позже, когда будутъ опять ясны всѣ моменты юридическаго отношенія. Negotia, разсмотрѣнныя нами, суть обязательства возникающія изъ договора. Въ тестаментѣ, въ легатѣ per damnationem тоже форма обязательства служитъ средствомъ для цѣлей обогащенія легатара. [1])

---

1) Въ источникахъ мы находимъ очень любопытный примѣръ употребленія именно корреальной конструкціи для совершенно оригинальной цѣли. Помпоній говоритъ намъ: Qvi duos reos ejusdem pecuniae habet, Titium atqve Maevium, ita legavit: qvod mihi Titius debet, Maevio heres meus dato, qvod Maevius debet, Sejo dato. His verbis onerat heredem, nam qvum actiones suas heres Maevio praestiterit adversus Titium, videtur Maevius facto ejus liberatus esse (послѣднія слова важны для подтвержденія нашего толкованія текста изъ Павла на стр. 190, L. 20 D. 34. 3.). et idcirco Sejo heres tenebitur. L. 13 pr. D. de legatis II. Очевидно, указаніе на оба обязательства отдѣльно дѣлается здѣсь только для того, чтобъ демонстрировать волю завѣщателя дать двумъ лицамъ отдѣльно туже сумму. Но я думаю, что изъ этого мѣста весьма трудно извлечь аргументъ для мнѣнія альтернативистовъ, что до извѣстнаго времени обязательство того или другаго находится на степени только могущаго возникнуть, а не существующаго дѣйствительно.

И такъ актами воли въ приложеніи къ сдѣлкамъ ограничивается пока сфера примѣненія понятія. Во многихъ отношеніяхъ эта сфера совпадаетъ съ той, въ которой примѣнялась стипуляція въ своемъ первоначальномъ значеніи общаго способа совершенія обязательствъ. Но тутъ уже каждая изъ возможныхъ цѣлей сопоставленія двухъ стипуляцій, обезпеченіе, прокуратура (въ actiones adjectitiae qvalitatis), получила совершенно своеобразное выраженіе въ особыхъ институтахъ, такъ что связь съ прототипомъ можетъ быть только искусственно возстановляема.

Но и этой областью однихъ сдѣлокъ вовсе не ограничивается примѣненіе понятія корреальности.

Та черта, которою теперь единственно и самымъ надежнымъ образомъ можно опредѣлить аналогическіе съ корреалитетомъ признаки и ясно отдѣлить эти явленія отъ простой солидарности, именно прекращеніе искомъ одного возможности искать другому, независимо отъ результата, не встрѣчается прямо выраженной въ случаяхъ нераздѣльности предмета обязательства. [1])

Наоборотъ мы находимъ её въ нѣкоторыхъ случаяхъ ноксальныхъ исковъ, когда вредъ нанесенъ общимъ рабомъ или общимъ животнымъ.

У Юлія Павла читаемъ:

Si detracta noxae deditione qvasi cum conscio domino actum sit, qvi non erat conscius, abso-

---

1) По связи вопроса со многими другими ученіями объ обязательствахъ, сервитутахъ, процессѣ, мы здѣсь не останавливаемся на немъ особенно и отсылаемъ читателя къ книгѣ Савиньи, объ обязат., стр. 367, также Вангерова и Виндшейда (Учебн., въ 1-мъ по 7-ому изд., стр. 15, во 2-омъ, по 3-ьему изд. § 2 99). Мѣста, въ которыхъ видятъ то солидарную, то корреальную отвѣтственность, суть L. 192 pr. D. 50. 17. L. 65 D. 21. 2. L. 80 § 1 D. 35. 2. L. 2 § 2 L. 4 § 1 L. 72 pr. L. 139 de V. O. L. 25 § 9—14, 16 D. 10. 2. L. 11 § 1—4 D. 39. 3. L. 40 § 2—4 D. 39. 2. L. 1 § 21 D. 38. 5 L. 22 D. 16. 3. L. 31 D. 3. 1. L. 22. D. 44. 2. (Helmolt § 9).

lutione facta et finito judicio, amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei judicatae summovebitur, qvia res in superius judicium deducta et finita est [1]).

У него-же находимъ еще свидѣтельство, гораздо менѣе спорное, гдѣ совершенно ясно, что лицо, принимающее на себя роль отвѣтчика по иску, разсматривается какъ настоящій отвѣтчикъ, при чемъ истецъ не долженъ, однако, отсюда извлекать никакихъ выгодъ, и altero convento, alter qvoqve liberabitur.

Qvi servum alienum responderit suum esse, si noxali judicio conventus sit, dominum liberat; aliter atqve si qvis confessus sit, se occidisse servum, qvem alius occidit, vel si qvis responderit se heredem, nam his casibus non liberatur, qvi fecit, vel qvi heres est. Nec haec inter se contraria sunt; nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter qvoqve liberatur; at is, qvi confitetur, se occidisse vel vulnerasse suo nomine tenetur; nec debet impunitum esse delictum ejus, qvi fecit, propter eum, qvi respondit, nisi qvasi defensor ejus, qvi admisit, vel heredis, litem subiit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data summovendus est actor, qvia ille negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est, qvod praestitit. Idem est in eo, qvi mandatu heredis heredem se esse respondit, vel qvum eum alias defendere vellet. [2])

---

1) Это мѣсто представляетъ очень большія трудности при истолкованіи ср. Риббентр. § 26, Helmolt § 10, Кунце, стр. 231, гдѣ онъ и actio popularis разсматриваетъ какъ eine publizistiche Anwendung der strengen korrealität.

2) L. 20 pr. D. 11. 1.

Это чрезвычайно отдаленное примѣненіе тѣхъ-же началъ, которыя *могутъ* быть выражены въ формѣ корреальнаго обязательства. Одинъ становится на мѣсто другаго, какъ бы онъ былъ субъектомъ того-же обязательства, при этомъ совершенно также отвлечено отъ causa, какъ въ корреалитетѣ. Такой случай прямо противупоставляется другому, гдѣ у обоихъ субъектовъ есть одинаковая фактическая основа отвѣтственности, ибо каждый отвѣчаетъ за свою вину. Если изъ такихъ отдаленныхъ и совершенно частнаго характера примѣненій корреальной конструкціи мы будемъ заключать къ ея подлинной природѣ, то понятно, что обязательство корреальное окажется *единымъ*. По нашему мнѣнію это ничего болѣе какъ явленіе совершенно позитивнаго примѣненія той стороны корреальной конструкціи, которая теперь одна еще отличала ея природу отъ природы обязательства солидарнаго. Также какъ въ матерьяльныхъ контрактахъ стороны могутъ, если хотятъ, поставить свои обязательства въ елективное отношеніе, также и тутъ electio, примыкающая къ litis contestatio рѣшаетъ окончательно вопросъ, кто будетъ отвѣтчикомъ. Но это уже не корреалитетъ въ его первоначальномъ развитіи, а та совершенно абстрактная сущность его, которую мыслили позднѣйшіе классики, вполнѣ отрѣшаясь отъ конкретнаго явленія и противупоставляя его явленію солидарности. [1])

Мы остановимся еще на одномъ спорномъ вопросѣ, въ которомъ всего очевиднѣе постоянное колебаніе границы отдѣляющей корреальность отъ солидарности, пока наконецъ она теряетъ всякую внѣшнюю распознаваемость, и только принципы того и другаго остаются еще различными. Мы разумѣемъ извѣстное мѣсто изъ Ульпіана, которое читается такъ:

Si in sepulcro alieno terra congesta fuerit jussu meo, agendum esse Qvod vi aut clam mecum

1) На случаяхъ ноксальныхъ исковъ останавливается особенно Бринцъ стр. 14 и слѣд.

Labeo scribit; et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri; opus enim, qvod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare; si tamen proprio qvis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum. Itaqve alter conventus alterum non liberabit, qvin imo perceptio ab altero; superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. Praeterea sepulcri qvoqve violati agi potest. [1])

Мы объясняемъ себѣ ходъ мыслей Ульпіана слѣдующимъ образомъ. Вопросъ идетъ о томъ, какъ и кто долженъ отвѣчать въ томъ случаѣ, когда засыпается кладбище, которое принадлежитъ мнѣ. [2]) Ульпіанъ предусматриваетъ такія возможныя модификаціи. Если это дѣлается по приказу одного лица, [3]) то и искъ долженъ быть противъ него направленъ. Въ основѣ нарушенія права лежитъ этотъ приказъ, который, конечно, предполагаетъ извѣстную степень обязательности его для выполняющихъ. Но возможно, что одного такого лица нѣтъ, и тогда всѣ лица, которыхъ рѣшеніе замѣняетъ приказъ, должны подлежать отвѣту. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ истецъ можетъ опираться или на *общемъ рѣшеніи* сваживать сюда землю, или *на фактѣ*, на прямомъ правонарушающемъ дѣяніи. Въ первомъ случаѣ, если истецъ желаетъ и находитъ возможнымъ на общемъ постановленіи (consilium commune) основать свое требованіе, тогда результатъ будетъ существенно

---

1) L. 15 § 2 D. 43. 24. Риббентропъ очень непослѣдователенъ въ истолкованіи этого мѣста, ибо требуетъ, чтобъ здѣсь alterius conventio имѣла смыслъ petitionis effectualis, тогда какъ самъ выше дѣлаетъ упреки прежнимъ экзегетамъ въ томъ, что они давали такое значеніе понятію litis contestatio (ср. стр. 104 и 2).

2) Эти sepulcra тянутся въ Италіи обыкновенно отъ города по дорогамъ.

3) Положимъ, здѣшняго префекта.

тотъ же, что и въ случаѣ обязательнаго приказа даннаго однимъ. Ему предоставляется vel cum uno, vel cum singulis experiri, т. е. онъ можетъ выбрать или одного, который будетъ отвѣчать за это распоряженіе, или со всякаго изъ постановившихъ онъ потребуетъ долю. Положеніе такихъ отвѣтчиковъ есть существенно тоже, что нѣсколькихъ корреальныхъ должниковъ. Истецъ взыскиваетъ съ нихъ или pro rata или in solidum. Но тогда, говоритъ Ульпіанъ, alterius conventio alterum liberat. Отчего это происходитъ? Оттого, что основой притязанія истца служитъ не непосредственное правонарушающее дѣйствіе, а общее постановленіе.

Но истецъ можетъ дать совершенно другое направленіе иску, [1]) если онъ не на общемъ постановленіи, а на дѣяніи будетъ его основывать. Тогда важно различать—совершили ли всѣ это дѣяніе разомъ, за одно, pro indiviso. Въ такомъ случаѣ они всѣ суть солидарно обязанные, и искъ съ одного не освобождаетъ другихъ, а лишь въ perceptio, въ матерьяльномъ удовлетвореніи, притязаніе находитъ себѣ цѣль и вмѣстѣ съ этимъ прекращается. Если, наконецъ, дѣло не было сдѣлано съобща, разомъ, а всякій дѣлалъ по своему усмотрѣнію, то лишь со всѣхъ вмѣстѣ возможно искать in solidum, стало быть съ каждаго pro rata. [2])

1) Мы предполагаемъ, что онъ выбираетъ способъ дѣйствія. Случаи могутъ, конечно, и такъ противустоять одинъ другому, что истецъ долженъ преслѣдовать тѣхъ, кто приказалъ, и тѣ, которые только слѣдовали приказу или дозволенію, вовсе не отвѣчаютъ, или наоборотъ, тѣхъ только, кто совершалъ дѣяніе. Различныхъ сочетаній можно себѣ представить очень много: тѣже постановляли, которые и выполнили (сходъ сельскій), истецъ преслѣдуетъ ихъ не на основаніи дѣянія. а на основаніи незаконнаго постановленія, или на оборотъ, и они допускаютъ это основаніе, хотя оно не есть истинное ср. L. 20 D. 11. 1.

2) Это мѣсто, въ которомъ достаточно различить разныя основанія иска (общее постановленіе или дѣяніе), чтобъ оно стало совершенно яснымъ, имѣетъ нѣкоторую знаменитость по трудностямъ, которыя въ немъ умѣли отыскать. Суарецъ де Мендоза говоритъ о немъ: qvae lex anxium me habuit non parumper: te-

Съ какими-же противоположеніями мы встрѣчаемся въ этомъ текстѣ? Съ давно знакомыми намъ и такъ часто повторяющимися въ источникахъ: корреальнаго, солидарнаго и проратарнаго.

Мы видѣли такимъ образомъ большое разнообразіе случаевъ примѣненія понятія корреальности далеко за предѣлы условій, въ которыхъ оно первоначально образовалось. Во всѣхъ этихъ случаяхъ возможно ближе или дальше наслѣдить связь примѣненія съ первоначальнымъ типомъ, родство природы, но однако никакъ не съ положительно-формальной стороны. Только внутреннія свойства, только отрицательно-формальная сторона корреалитета продолжаетъ еще держаться. Обязательство остается въ случаяхъ примѣненія, какъ и въ подлинныхъ, само себѣ цѣлью, а не разсматривается только какъ средство для матерьяльной цѣли, для регсер-

---

nebrosa sane est..... и далѣе posterior difficultas mihi crux, mihi culeus, non video enim, qvemadmodum in prima specie sufficiat sola unius conventio, in posteriori exigatur solutio.... И надо сознаться, что Риббентропъ еще продолжаетъ пребывать въ этомъ мѣшкѣ, когда говоритъ,—хотя не столь краснорѣчиво какъ Мендоза: warum aber bei einem opus communi consilio plurium factum die solidarische Verbindlichkeit der einzelner Thäter aus einem anderen Grunde abgeleitet und demnächst zum offenbaren Nachtheil des Beschädigten ganz anders beurtheilt worden sein sollte, als bei anderen Delicten, dürfte sich schwerlich auf eine befriedigende Weise erklären lassen (стр. 103). Если понятно, что при jussus отвѣтственность падаетъ на jubent'a, то какъ же не понять возможности и въ случаѣ общаго рѣшенія на этомъ-же началѣ основанной отвѣтственности? Надо для этого только не ставить въ связь двухъ понятій по ихъ созвучію. Понятіе commune consilium получаетъ свой характеръ отъ выше стоящаго jussus; а suo consilio противуполагается не съ commune, а съ opus pro indiviso. Что юристы именно такъ различаютъ основанія иска—дѣяніе и соглашеніе, и что въ обоихъ случаяхъ прилагается различная мѣра, это ясно и изъ сейчасъ (выше) взятаго нами мѣста Юлія Павла L. 20 D. 11. 1. Несправедливости въ отношеніи къ потерпѣвшему никогда не будетъ, если лица, которыя приказываютъ, подлежатъ всей мѣрѣ отвѣтственности, какая въ данномъ случаѣ необходима, и кромѣ того, истецъ не обязанъ непремѣнно выбирать одного, а можетъ, какъ и при корреалитетѣ, искать доли съ кого хочетъ.

tio. Съ этими чертами самобытности два обязательства противуполагаются въ легатѣ, два обязательства стоятъ рядомъ въ искахъ adjectitiae qvalitatis, у сопоручителей и проч., наконецъ здѣсь, гдѣ communi consilio рѣшено было занять извѣстное пространство земли. Если въ прежнихъ случаяхъ можно съ ясностью угадать, для какой цѣли сопоставляются два самостоятельныхъ обязательства, если въ нихъ скрывалась или цѣль обезпеченія, или цѣль прокуратуры, то съ какою изъ многихъ возможныхъ цѣлей абстрактнаго сопоставленія двухъ стипуляцій сближается послѣдній изъ разсмотрѣнныхъ нами случаевъ? Ближе всего, мы думаемъ, онъ подходитъ къ той цѣли, для которой, по мысли Ihering'а, тоже была удобна эта конструкція, именно—замѣны понятія юридическаго лица (см. стр 144). Изъ многихъ, участвующихъ въ рѣшеніи, каждый обязываетъ себя отдѣльно отвѣчать, но обязательство каждаго есть такое-же какъ и обязательство другаго, и искомъ съ одного прекращается все притязаніе къ нимъ. Здѣсь въ смыслѣ пассивномъ, въ смыслѣ долга, въ смыслѣ отвѣтственности, многіе рѣшившіе отвѣчаютъ каждый за себя, какъ въ пассивномъ корреалитетѣ. Для actiones populares тоже самое явленіе имѣетъ мѣсто въ активномъ смыслѣ. Тамъ также всякій можетъ искать, но тотъ, кто прежде подалъ искъ, тотъ и преградилъ этимъ возможность еще другаго иска.

Полнѣе и совершеннѣе всего, въ оборотномъ смыслѣ, самобытная постановка нѣсколькихъ обязательствъ выразилась въ контрактѣ verbis. Но тотъ-же самый принципъ виденъ и въ другихъ явленіяхъ. Тамъ онъ выражается въ совершенно пластической формѣ. Тамъ форма и содержаніе вполнѣ покрываютъ другъ друга. Это juris elegantia, которая даетъ полную осязательность явленію. Здѣсь надо раскрывать, угадывать тотъ-же принципъ, ибо онъ не имѣетъ никакой соотвѣтствующей формы. Онъ существуетъ здѣсь теоретически. Не приравненный ни къ какой необходимой формѣ, онъ распознается легко только тамъ, гдѣ стороны именно выразятъ волю быть duo rei promittendi или stipulandi. Въ дру-

гихъ случаяхъ его діагностика въ практическомъ смыслѣ не надёжна.

Въ Римѣ, пока существовала отрицально-формальная сила контракта, пока жива была реминисценція прежняго значенія стипуляціи, діагностика была возможна. Позже постепенно теряется и отрицательно-формальная сила контракта, и тогда корреальное обязательство можно было принять только тамъ, гдѣ есть прямо данное указаніе или въ волѣ лицъ или въ законѣ.

Еще труднѣе, чѣмъ опредѣлить присутствіе корреальности въ данномъ случаѣ, конструировать всѣ ея функціи! Въ этомъ послѣднемъ отношеніи источники непрерывно противупоставляютъ ее съ солидарностью, и можно сказать, только изъ этого противупоставленія получается та ясность ея разумѣнія, которая прежде давалась прямо съ виду. Это противупоставленіе опять носитъ въ себѣ больше теоретическіе, чѣмъ практическіе моменты. Но въ немъ всё таки ясно видна принципіельная противуположность обоихъ явленій. Многочисленныя мѣста, въ которыхъ мы встрѣчаемъ это противупоставленіе, всѣ говорятъ что въ корреальности electione, въ солидарности perceptione unius tota solvitur obligatio. Все отношеніе въ первомъ случаѣ разрѣшается выборамъ того или другаго обязательства. Все отношеніе во второмъ случаѣ разрѣшается уплатой по обязательству.

Какой-же принципъ первой и какой принципъ второй конструкціи? Мы думаемъ, что опредѣляющее начало корреальной конструкціи лежитъ въ томъ, что здѣсь каждое изъ обязательствъ сохраняетъ свойство самостоятельнаго имущественнаго объекта, какое оно получило въ стипуляціи. Обязательство существуетъ также индивидуально, какъ вещь. Ни достоинство вещей не измѣряется обязательствами, ни достоинство обязательства не измѣряется вещами.

Разъ принято обязательство, какъ оно совершенно также функціонируетъ въ юридическомъ оборотѣ, какъ деньги. Прежде этого не нужно было особенно выго-

выражать. Это само собой было ясно изъ вербальнаго образа. Теперь, если рѣчь о корреальности,—надо это именно выразить. Еще позже этого нельзя будетъ выразить, и тогда затеряется всякая граница между корреальностью и солидарностью.

Какой принципъ солидарности обязательствъ въ римскомъ правѣ? Совершенно противуположный. Здѣсь обязательство не въ себѣ самомъ заключаетъ цѣль, а лишь служитъ средствомъ для достиженія другой цѣли. Если мы имѣемъ двухъ солидарно обязанныхъ, то искомъ съ одного мы еще ничего не опредѣлили, мы еще не сказали, что это потеп есть bonum. Если заплатитъ,—мы теряемъ притязанія къ другому, ибо матерьяльная цѣль достигнута, средство оказалось хорошимъ. Не заплатитъ,—обязательство негодно, и мы обращаемся къ другому для той-же цѣли.

Принципъ перваго есть самобытная, принципъ втораго служебная роль обязательства.

Гдѣ сфера, въ которой развилась та и другая форма? Сфера первой есть, конечно, сдѣлка, сфера второй—отвѣтственность возникающая изъ правонарушеній. Первая форма есть зиждущая, вторая есть охраняющая.

Такое противуположеніе есть изначала въ той и другой, но его нѣтъ надобности выставлять тамъ, гдѣ есть полная осязательность явленій въ самой ихъ природѣ, гдѣ ихъ нельзя смѣшать. Сначала въ стипуляціи есть и положительно и отрицательно формальный элементъ. Позже остается одно отрицательно формальное свойство обоихъ обязательствъ въ корреалитетѣ. Оно сознается юристами со всей ясностью. Гражданскій оборотъ могъ создать новую форму, въ которой нашла бы себѣ выраженіе эта идея [1]. Но онъ не создалъ ее.

---

1) Если не въ словѣ, то въ письмѣ, хоть съ греческаго образца, гдѣ слово никогда не имѣло такого значенія въ дѣловомъ мірѣ, какъ въ Римѣ. Быть можетъ съ этой точки зрѣнія также римляне очень презрительно говорили—graeca fides. См. тоже о пресловутой неблагонадежности Локрійцевъ у Гнейста, стр. 422, 425.

Лишенный всякой энергіи городской бытъ падающей имперіи неспособенъ былъ ни къ чему творческому, и лишь гораздо позже, въ начавшихъ новую эпоху существованія городахъ сѣверной Италіи, давно сознанная римскими юристами идея абстрактнаго обязательства нашла себѣ выраженіе въ новой формѣ, въ формѣ векселя, котораго практическія функціи пошли гораздо дальше путей, опредѣлившихся въ римскомъ оборотѣ съ требованіями, но изученіе природы котораго такъ много выигрываетъ отъ сопоставленія его съ римскими абстрактными обязательствами.

Какъ организовалась корреальность въ новыхъ условіяхъ безформенности, мы покажемъ позже. Теперь намъ необходимо обратиться къ явленію, которое ей обыкновенно противуполагается, къ солидарности [1]).

Что принципъ матерьяльный есть опредѣляющій понятіе солидарности [2]) это видно постоянно въ источникахъ. Такимъ образомъ, Ульпіанъ сопоставляетъ матерьяльные контракты съ обязательствомъ вознаградить за деликтъ.

> ...si plures fecerint, vel corrumperint, vel mandaverint, omnes tenebuntur [3]).

---

1) Не надо думать, чтобъ мы исчерпали здѣсь всевозможные случаи примѣненія корреальнаго обязательства, которые встрѣчаются въ источникахъ. Этой задачи мы не преслѣдовали. Ее легко впрочемъ восполнить съ помощью указанныхъ нами въ разныхъ мѣстахъ догматическихъ сочиненій; опять и для солидарности мы будемъ имѣть въ виду только характерныя черты, а не догматическое перечисленіе и выписку всѣхъ мѣстъ. Для нашихъ цѣлей достаточно прослѣдить за противуположеніемъ принциповъ обоихъ явленій.

2) Выраженіе in solidum встрѣчается въ источникахъ въ очень широкомъ смыслѣ, perfectam ac solidam Fr. Vat. § 288, но и въ болѣе точномъ, въ противуположность съ понятіемъ доли, portio, тамъ-же § 282, in solidum и pro parte L. 4 D. 2. 9. L. 192 pr. D. de R. I., также integrum и pro rata L. 9 § 1 D. 2. 11.; но также in solidum противуполагается съ in qvantum facere potest L. 5 § 1 D. 14. 5.

3) L. 7 § 5 D. 2. 1.

Иногда юристъ беретъ реальный моментъ въ сдѣлкѣ и въ гражданскомъ преступленіи, сопоставляя то и другое.

> Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex injuria, qvae omnia unius generis sunt, nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, qvum alioqvin ex contractu obligationes non tantum re, sed etiam verbis et consensu [1]).

Когда такъ или иначе, изъ матерьяльнаго контракта или изъ гражданскаго преступленія, возникаетъ отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ, то повидимому было бы совершенно просто подвергнуть каждаго отвѣтственности за долю, такъ чтобы изъ этихъ долей составилось цѣлое, которое и погашаетъ убытки. Двое разбили окно въ моемъ домѣ (положимъ, по простой неосторожности), или два хозяина общаго дома нарушили контрактъ, по которому я у нихъ жилъ. Каждый хочетъ отвѣчать только за долю ущерба. Они совершенно правы, и въ результатѣ ни одинъ не обязанъ нести убытокъ за другаго; но я, истецъ, хочу имѣть защиту моего права, независимо отъ ихъ разсчетовъ между собой. Если законъ допуститъ мнѣ защитить его противъ каждаго изъ нарушителей только въ той долѣ и мѣрѣ, въ какой онъ былъ причиной ущерба, то въ иныхъ случаяхъ это будетъ равняться полнѣйшей невозможности защиты, и всегда затруднительность ея будетъ возрастать вмѣстѣ съ случайнымъ моментомъ количества нарушителей. Римская юриспруденція совершенно ясно сознавала практическую важность вопроса о способѣ дѣйствія истца въ такихъ случаяхъ, и мы имѣемъ цѣлый рядъ рѣшеній, которыхъ смыслъ расчитанъ на предупрежденіе этой опасности для права. Обязательство, его образованіе, является здѣсь въ роли прямо охрани-

---

1) L. 4 D. 44. 7.

тельной, и какъ всегда у римскихъ практиковъ только въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо. Разсмотримъ эти свидѣтельства. Ульпіанъ говоритъ:

> Si plures navem exerceant, cum qvolibet eorum in solidum agi potest, (Гай) ne in plures adversarios distringatur, qvi cum uno contraxerit. [1])

Совершенно тотъ-же взглядъ и при томъ указаніе на то, что этимъ только опредѣляется способъ дѣйствія истца, а вовсе не результаты для нѣсколькихъ отвѣтчиковъ, находимъ у Гая въ другомъ текстѣ:

> Si qvis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei, cum qvo velit dominorum in solidum experiri; est enim iniqvum in plures adversarios distringi eum, qvi cum uno contraxerit..... Nec tamen res damnosa futura est ei, qvi condemnatur, qvum possit rursus ipse judicio societatis vel communi dividundo, qvod amplius sua portione solverit, a socio sociisve conseqvi. [2])

Оба эти текста взяты изъ толкованій названныхъ писателей къ эдикту, этому главному фактору развитія начал эквитета, примѣнительности къ случаю (prout res incidit),—цѣлей, которыхъ вовсе не вѣдало jus civile. А вотъ и та совершенно индивидуальная мѣрка, которую самъ эдиктъ предлагаетъ для извѣстнаго круга сдѣлокъ. Рыночная юрисдикція считала справедливымъ для нѣкоторыхъ родовъ торговли (стр. 156) установить особый способъ дѣйствія. Мы говоримъ о работорговцахъ, которые всегда дѣйствуютъ съобща, какъ наши цыгане на конныхъ площадяхъ. Практическій принципъ, который

---

1) L. 1 § 25 L. 2 D. 14. 1.
2) L. 27 § 8 D. 15. 1.

выставляетъ эдилль, для того чтобъ дать охрану праву, выраженъ въ словахъ:

> ne cogeretur emtor cum multis litigare, qvamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qva socii fuerunt. [1])

Такой-же взглядъ выраженъ у Юліана въ одной цитатѣ Ульпіана. Вопросъ идетъ о томъ, какъ слѣдуетъ искать съ нѣсколькихъ господъ одного раба—прикащика, по долямъ ли, которыя они имѣютъ въ правѣ собственности на него, или по равнымъ долямъ, или по количеству товара, или наконецъ in solidum съ каждаго. Юристъ отвѣчаетъ—in solidum unumqvemqve conveniri posse; et qvidqvid is praestiterit, qvi conventus est, societatis judicio, vel communi dividundo conseqvetur. [2])

Всего яснѣе эта точка зрѣнія на нѣсколько обязательствъ, какъ на средство получить матерьяльное удовлетвореніе, видна тамъ, гдѣ основа обязательствъ заключается въ правонарушающемъ дѣйствіи (или въ qvasi delict'ѣ) и стало быть цѣль иска есть вознагражденіе вреда. По вопросу объ effusum и dejectum у цѣлаго ряда юристовъ, которые здѣсь эксцерпированы по очереди для выраженія одной мысли, читаемъ:

> Si plures in eodem coenaculo habitent, unde dejectum est, in qvemvis haec actio dabitur (Ulp.), qvum sane impossibile est scire, qvis

1) Прибавимъ здѣсь въ подтвержденіе нашего толкованія на текстъ Помпонія (стр. 156), что мѣсто взятое въ нашъ титулъ принадлежитъ къ Edictsmasse.

2) L. 13 § 2 D. 14. 3 (Ulpianus libro XXVIII ad edictum). Для locatio см. напр. L. 13. C. 4. 65. Для купли и actio redhibitoria см. особ. L. 31 § 10 D. 21. 1. Для mandatum и tutela источники даютъ огромное изобиліе рѣшеній, которыя опять съ большой тщательностью сопоставляются въ догматическихъ работахъ. См. напр. у Helmolt'a § 11 и 12.

dejecisset, vel effudisset (Gajus), et qvidem in solidum. Sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur (Ulp.) perceptione, non litis contestatione, praestituri partem damni societatis judicio, vel utili actione ei, qvi solvit (Paulus) [1].

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ основаніемъ иска противъ нѣсколькихъ служитъ dolus, мы находимъ постоянно возвращающуюся туже точку зрѣнія солидарной отвѣтственности.

Si plures dolo fecerint, omnes tenentur; sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, qvum nihil intersit [2].

Ульпіанъ говоритъ о двухъ опекунахъ, которые преслѣдуются за dolus communis, при чемъ transactio съ однимъ не идетъ вь пользу другаго:

nec immerito, qvum unusqvisqve doli sui poenam sufferat. Qvodsi conventus alter praestitisset, proficiet id qvod praestitit, ei, qvi conventus non est; licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, qvibus res commodata est vel deposita, qvibusqve mandatum est [3].

Тоже самое часто имѣетъ мѣсто въ случаяхъ нераздѣльности предмета требованія или такихъ свойствъ дѣйствія, что оно можетъ быть совершенно каждымъ только вполнѣ [4]. Вотъ нѣкоторые примѣры:

---

1) L. 1 § 10 L. 2 L. 3 L. 4 D. 9. 3.
2) L. 1 § 4 D. 2. 10.
3) L. 15 D. 27. 3. Ср. еще L. 7 D. 27 8. Позднѣйшее римское право допускало много различныхъ т. н. бенефицій, очень видоизмѣнившихъ принципы солидарной отвѣтственности. Они обыкновенно всѣ перечисляются въ догматическихъ учебникахъ.
4) Мѣста выше, стр. 222.

Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed qvo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae herciscundae judicio [1]).

Duobus qvis mandavit negotiorum administrationem; qvaesitum est, an unusqvisqve mandati judicio in solidum teneatur? Respondi, unumqvemqve pro solido conveniri debere, dummodo ab utroqve non amplius debito exigatur [2]).

Si plures sint, qvi auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione. Et ideo, si nihil, aut non totum servatum sit, in reliqvos non denegandam in id qvod deest, Sabinus scribit [3]).

Совершенно такое-же сопоставленіе обязательствъ, какое во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто въ *пассивномъ* смыслѣ, встрѣчается и *активно*. Такимъ образомъ, тамъ гдѣ нѣсколько лицъ наслѣдуютъ одному, имѣвшему искъ, и предметъ иска есть недѣлимый, всякій наслѣдникъ ищетъ in solidum.

Viae, itineris, actus, aqvaeductus pars in obligationem deduci non potest, qvia usus eorum indivisus est, et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt [4]).

Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ, вмѣсто иска на долю, искъ дается in solidum, весь вопросъ ограничивается способомъ дѣйствія, все дѣло въ выборѣ cum qvo po-

1) L. 2 § 2 D. de V. O. Еще L. 7 D. 33. 3.

2) L. 60 § 2 D. 17. 1. Въ извѣстныхъ случаяхъ можно требовать отъ одного совершенія дѣйствія, потомъ, хотя оно выполнено, отъ другаго, см. напр. L. 6 § 1 D. 2. 13.

3) L. 7 § 4 L. 8 D. 27. 6.

4) L. 17 D. 8. 1.

tissimum agat, [1]) но эта optio, этотъ выборъ касается только вопроса—съ кѣмъ съ первымъ будетъ искъ, а не съ кѣмъ изъ двухъ. Матерьяльное основанiе иска или отвѣтственности есть всегда данное. Всегда, съ самаго начала, ясно, что каждый есть собственно истецъ или отвѣтчикъ на долю, но этотъ вопросъ о внутреннемъ отношенiи нѣсколькихъ истцовъ или нѣсколькихъ отвѣтчиковъ оставляется пока въ сторонѣ и впередъ, aeqvitatis, utilitatis causa, выводится цѣлое притязанiе. Всякое изъ обязательствъ, идущихъ такимъ образомъ in solidum, не представляетъ собою ничего внутреннимъ образомъ отдѣльнаго отъ другаго. Всякое есть только средство, для того чтобъ проще и короче достигнуть матерьяльнаго удовлетворенiя.

Если мы, засимъ, обратимся къ источникамъ, для того чтобъ въ нихъ прослѣдить противуположенiе обоихъ способовъ сочетать обязательства, корреально и солидарно, то намъ съ величайшей ясностью представится именно эта самобытная постановка каждаго изъ обязательствъ въ корреальности и, наоборотъ, совершенно служебное, имѣющее смыслъ только средства для матерьяльной цѣли, сопоставленiе нѣсколькихъ солидарныхъ обязательствъ. Корреальныя обязательства *могутъ* быть также сопоставлены въ данномъ случаѣ для матерьяльныхъ видовъ, но этимъ не опредѣляется ихъ природа. Мы видѣли выше, что сама стипуляцiя способна служить для замѣны матерьяльныхъ контрактовъ. Но это только одинъ изъ видовъ ея примѣненiя, а не подлинная ея природа. Точно тоже и въ сочетанiи двухъ формальныхъ обязательствъ. Оно способно служить матерьяльнымъ цѣлямъ, но не въ этомъ специфическое его свойство. Наоборотъ, въ солидарности сама природа сопоставленiя такова, что ни для чего, кромѣ опредѣленной матерьяльной цѣли, она не можетъ быть пригодною.

---

1) L. 7 D. 27. 8.

Возьмемъ тѣ мѣста, въ которыхъ ясно сказывается именно это противуположеніе:

Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione qvoqve secuta non liberantur; sed omnes liberantur pecunia soluta. [1])

Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra qvem egeras, primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet. [2])

Право вѣрителя въ случаѣ солидарности опредѣляется у Марцелла, когда всѣ состоятельны такъ:

qvamqvam fortasse justius sit, etiam si solvendo omnes erunt, electionem conveniendi qvem velit, non auferendam actori, si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset. [3])

Въ указанномъ выше спорномъ текстѣ изъ Ульпіана [4]):

(для солидарности) alter conventus alterum non liberabit, qvin imo perceptio ab altero; (для корреальности) alterius conventio alterum liberat.

Также у Ульпіана для депозита:

adversus unumqvemqve agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero aga-

1) L. 52 § 3 D. 46. 1.
2) L. 23 C. 8. 41.
3) L. 47 D. 19. 2.
4) L. 15 § 2 D. 43. 24.

tur; non enim electione, sed solutione liberantur. [1])

У него-же, по другому поводу:

perceptione ab uno facta ceteri liberantur, non electione. [2])

Мы полагаемъ, что этихъ свидѣтельствъ совершенно достаточно, для того чтобъ убѣдиться въ правильности выраженной нами мысли.

Мы переходимъ за симъ къ другой сторонѣ вопроса, къ тѣмъ послѣдствіямъ, которыя повлекла за собой существенно измѣнившаяся сфера примѣненія изучаемаго нами понятія.

II Вліяніе измѣнившейся сферы примѣненія корреальности на разныя фазы юридическаго отношенія.

Что касается вопроса о томъ, какъ возникаетъ корреальность въ новыхъ условіяхъ, то онъ разъясненъ нами достаточно въ предшествующемъ отдѣлѣ. Если здѣсь мы возьмемъ именно то, что есть особеннаго, новаго въ способѣ образованія корреалитета, то это новое, въ противуположность прежнему, будетъ заключаться въ безформенности, въ недостаткѣ строго-опредѣленнаго и необходимаго обряда, безъ котораго не можетъ возникнуть юридическое отношеніе. Говоря вообще, довольно если видна воля сторонъ, намѣреніе установить этого рода отношеніе,—и оно будетъ имѣть мѣсто, хотя и этимъ нельзя ограничить случаевъ его примѣненія.

За симъ, оба обязательства, внѣ всякаго сомнѣнія и совершенно согласно природѣ самостоятельной постановки каждаго изъ нихъ, способны видоизмѣняться

1) L. 1 § 43 D. 16. 3.
2) L. 7 § 4 D. 27. 6.

одно независимо отъ другаго. Папиніанъ свидѣтельствуетъ намъ для одного изъ самыхъ отдаленныхъ случаевъ приложенія корреальности, именно для depositum, что pactum, состоявщееся позже съ однимъ изъ depositar'овъ не измѣняетъ природы обязательства, и мы полагаемъ, смыслъ этого свидѣтельства заключается въ томъ, что другое, рядомъ стоящее обязательство сохраняетъ всю свою силу въ прежнемъ видѣ. Различіе, которое Папиніанъ проводитъ здѣсь для correi socii и non socii, есть совершенно соотвѣтствующее различію, показанному нами выше для корреальныхъ обязательствъ установленныхъ verbis.

Non idem probandum est, cum duo qvoqve culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, qvia posterior conventio, qvae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, qvae duos initio reos fecit, mutare non potest.

Qvare, si socii sint, et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit. [1])

Можно сказать, что здѣсь на вопросѣ о дѣйствіи безформеннаго соглашенія на корреальныя обязательства, когда они суть тоже безформенно возникающія, испытывается въ самой сильной степени выдержанность аналогическаго примѣненія ихъ въ новыхъ условіяхъ. Корреальность для того именно установляется, чтобъ оба обязательства существовали рядомъ и совершенно самобытно. Модификаціи одного вовсе не суть въ тоже время необходимо и модификаціи другаго. Это не изъ свойствъ формы, а изъ свойствъ обязательствъ истекающая консеквенція. Посему она удерживается естественнымъ образомъ и тамъ, гдѣ положительно-формаль-

1) L. 9 § 1 D. h. t.

ная сторона не составляетъ непремѣннаго реквизита сдѣлки.

Во множествѣ случаевъ теперешняго примѣненія корреалитета прежніе вопросы, о дѣйствіи pactum de non petendo, fidejussio, mora и проч. имѣютъ очень малое практическое значеніе; ибо примѣненіе этой формы носитъ на себѣ такъ часто совершенно преходящій, моментальный характеръ. Такъ въ легатѣ, гдѣ заинтересованные, конечно, ищутъ какъ можно скорѣе воспользоваться матерьяльной выгодой назначенія. Поэтому въ источникахъ мы не находимъ нигдѣ вопросовъ о модификаціи каждаго изъ обязательствъ послѣдующими сдѣлками или событіями въ случаяхъ дальнѣйшаго примѣненія корреальности. Понятнымъ образомъ тамъ, гдѣ индивидуально характеризованныя дѣянія или вещи (species) составляютъ предметъ обѣщанія,—тамъ возможны многія существенныя отступленія отъ основныхъ началъ, на которыхъ держится конструкція въ своемъ нормальномъ видѣ. Но очевидно римская практика мало давала цѣны этимъ вопросамъ, и за исключеніемъ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ видоизмѣненій, частью показанныхъ выше (стр. 155), мы не могли бы представить ни одного важнаго разъясненія иначе, какъ придумывая сочетанія, независимо отъ источниковъ. Одно что важно отмѣтить,— это что юридическія отношенія, которыя по самой природѣ своей всегда связаны съ извѣстнымъ лицомъ, не могутъ быть конструируемы для двухъ лицъ въ качествѣ двухъ субъектовъ обязательствъ:

> Si id, qvod ego et Titius stipulamur, in singulis personis proprium intelligatur, non poterimus duo rei stipulandi constitui, veluti qvum usufructum, aut dotis nomine dari stipulemur; idqve et Julianus scribit. Idem ait, et si Titius et Sejus decem aut Stichum, qvi Titii sit, stipulati fuerint, non videri eos duos reos stipulandi, qvum Titio decem tantum, Sejo Stichus aut decem debeantur; qvae sententia eo pertinet, ut qvamvis vel huic, vel illi decem solve-

rit, vel Sejo Stichum, nihilominus alteri obligatus maneat; sed dicendum est, ut, si decem alteri solverit ab altero liberetur. [1])

И такъ, всегда необходимо извѣстное безразличіе отношеній обоихъ субъектовъ къ предмету обязательственнаго дѣйствія, и чѣмъ дальше идетъ отступленіе отъ этого нормальнаго требованія, тѣмъ меньше выдержанности заключаетъ въ себѣ вся конструкція.

Гораздо болѣе важную сторону вопроса составляютъ способы, которыми корреальная конструкція приводится къ своей цѣли и прекращается.

Собственно здѣсь и заключается весь поворотъ конструкціи къ совершенно инымъ функціямъ, чѣмъ въ эпохѣ формализма, и очевиднѣйшіе признаки ея вырожденія.

Мы думаемъ прежде всего остановиться на томъ способѣ прекращенія, который всегда давалъ характеръ всему явленію и въ которомъ до конца укрывалась его послѣдняя оригинальная черта. Мы разумѣемъ litis contestatio. Достаточно вспомнить, въ какихъ строгихъ условіяхъ въ прежнее время ей принадлежали абсолютно консумирующая и новирующая сила въ отношеніи къ прежнему обязательству (стр. 192), чтобъ съ увѣренностью сказать, что теперь въ прежнихъ формальныхъ причинахъ нельзя болѣе искать отвѣта на вопросъ о дѣйствіи litis contestatio. Выше было показано, что differentia между обоими обязательствами можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ быть видна съ самаго начала, и тѣмъ не менѣе къ нимъ должны быть приложены начала корреальности, когда этого хотятъ стороны. Затѣмъ, во многихъ другихъ случаяхъ не можетъ быть рѣчи о консумціи обязательствъ ipso jure вслѣдствіе формальныхъ причинъ.

Въ виду этого и *исключительно для новыхъ условій*, въ которыхъ прилагались теперь начала корреальности,

---

1) L. 15 h. t.

возраженія Гиртаннера и Фиттинга противъ господствующей теоріи совершенно справедливы.

Keller утверждаетъ, что искомъ консумируется право, содержаніе интенціи, что эта консумція идетъ въ пользу *отвѣтчика* и противупоставляется *истцу*. И такъ res judicata jus facit inter partes, но вѣдь другой вѣритель или другой должникъ не есть сторона въ прежнемъ искѣ,—тогда какимъ же образомъ на нихъ будетъ простирать свое дѣйствіе чужой процессъ?

Сверхъ того, въ эту позднѣйшую пору однимъ формальнымъ актомъ никогда не уничтожается все существо притязанія и residuum натуральнаго обязательства есть наименьшее, что мы должны были бы принять у другаго должника или у другаго вѣрителя, если бы стали дѣйствіемъ формы объяснять себѣ послѣдствія иска для обоихъ обязательствъ [1]).

И такъ не къ положительно-формальному моменту, а къ отрицательно—формальному, къ отсутствію данной матерьяльной causa, которою определялась бы цѣль сопоставленія обоихъ обязательствъ должно сводить послѣдствія иска по одному для существованія другаго обязательства.

Въ солидарности ясно, что всѣ обязательства суть только средства для матерьяльнаго результата взысканія, и отношеніе ихъ одного къ другому опредѣляется именно матерьяльнымъ исходомъ иска. Въ корреальности такой внѣшней мѣрки не существуетъ, не ею опредѣляется воля, а наоборотъ, волею лица опредѣляется отношеніе обоихъ обязательствъ одного къ другому. Не силой формы, а независимо отъ формы они оба поставлены въ такое отношеніе; и всѣ акты, прекращающіе то и другое, дѣйствуютъ не въ силу своихъ формальныхъ свойствъ, а въ силу содержащагося въ нихъ элемента воли. Тотъ или другой изъ двухъ вѣрителей хочетъ требовать, или одинъ вѣритель хочетъ искать съ извѣстнаго должника, и этимъ актомъ воли опредѣляется ис-

1) Фиттингъ § 10 и 11.

ключающее отношеніе этого требованія или этого долга къ другому.

Свойство сопоставленныхъ обязательствъ таково, что вовсе нѣтъ необходимости матерьяльно опредѣлить ихъ отношеніе, вовсе не нужно, чтобъ одинъ изъ должниковъ заплатилъ или одинъ изъ вѣрителей получилъ уплату. Эти матерьяльные способы могутъ тоже произвести теперь погашеніе обоихъ обязательствъ, какъ и при простой солидарности. Но не въ этомъ особенность явленія. Особенность его въ томъ, что безъ матерьяльнаго критерія, простымъ выборомъ одного изъ обязательствъ уже опредѣляется ихъ взаимное отношеніе. Оба обязательства изначала приняты какъ bona nomina, они поставлены въ отношеніе исключающихъ одно другое вполнѣ или въ опредѣленной мѣрѣ имущественныхъ объектовъ, а не въ простое отношеніе двухъ средствъ для одной цѣли. Такимъ образомъ, если одно изъ обязательствъ обращается къ цѣли матерьяльнаго удовлетворенія, если по немъ ищутъ, то по другому уже нельзя будетъ искать, ибо они не суть кумулятивно, какъ въ солидарности, а только елективно сопоставленныя обязательства ejusdem potestatis. Въ солидарности, искать съ одного, потомъ съ другаго—не значитъ упражнять два раза тоже право, ибо право здѣсь заключается въ томъ, чтобъ придти къ матерьяльному удовлетворенію. Пока я не пришолъ къ нему—я не исчерпалъ своего права. Въ корреальности, наоборотъ, право упражнять то или другое обязательство не поставлено въ связь съ матерьяльнымъ результатомъ, и если я ищу сперва по одному обязательству, потомъ по другому, то я два раза упражняю тоже право, я два раза дѣлаю выборъ между ними, я выбираю сперва одно, отказываясь отъ другаго, потомъ другое, заявляя этимъ о неудовлетворительности перваго, тогда какъ въ самой сдѣлкѣ, служащей основаніемъ иска, я отказался дѣлать это различіе (utriusqve fidem in solidum secutus), или въ ней нѣтъ элементовъ, для того чтобъ его сдѣлать (тестаментъ, commune consilium и проч.).

Отъ матерьяльнаго исхода иска *во всякомъ случаѣ* не должно зависѣть прекращеніе права еще разъ искать. Но отчего именно съ моментомъ litis contestatio и въ эту пору соединяется дѣйствіе прекращенія корреальныхъ обязательствъ? На *это отвѣтомъ можетъ служить* природа ея, какъ акта, рѣшающаго множество вопросовъ матерьяльнаго права. [1])

Въ эту пору упадавшаго духа формы, свободнаго отношенія къ началамъ формализма, природа этого акта и сила его не могла оставаться тою-же, *какою* мы изображали ее выше. Одинъ изъ самыхъ серьёзныхъ изслѣдователей вопроса о вліяніи процесса на матерьное право, профессоръ Германъ Бухка [2]), въ очень обширномъ трудѣ, посвященномъ именно этой матеріи, такъ говоритъ о дѣйствіи litis contestatio въ позднѣйшее время на корреальныя обязательства.

Уразумѣвая только внѣшнимъ образомъ тотъ фактъ, что согласно старому праву всѣ заинтересованные въ обязательствѣ освобождались посредствомъ litis contestatio съ однимъ изъ должниковъ, позднѣйшая практика представляла себѣ это какъ слѣдствіе осуществленнаго исцомъ *права выбора*, и оттуда возникло ученіе, что *выборомъ* одного освобождаются другіе. [3])

Наше изслѣдованіе даетъ намъ право сдѣлать здѣсь одну поправку. Если въ самомъ дѣлѣ позднѣйшая юриспруденція пришла къ тому, что litis contestatio дѣйствуетъ какъ актъ выбора, то въ этомъ слѣдуетъ видѣть не внѣшнимъ образомъ понятое прежнее явленіе, а наоборотъ, отрѣшенно отъ формы взятое содержаніе его. Въ самомъ дѣлѣ, если мы независимо отъ формы возьмемъ вопросъ о дѣйствіи litis contestatio, то

---

1) Надо строго различать эту сторону вопроса отъ процессуальной. Мы, конечно, остановимся только на нѣкоторыхъ пунктахъ ученія, которое въ цѣломъ крайне обширно.

2) Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss, historisch und dogmatisch dargestellt, von d-r Hermann Buchka, 2 части, 1846 и 47 г.

3) См. указан. сочин., т. 2-ой, стр. 35.

окажется, что и прежде въ актѣ скрыто было это содержаніе—разъ на всегда сдѣланнаго выбора между двумя обязательствами ejusdem potestatis. Когда я предъявилъ искъ къ одному, то, съ формальной точки зрѣнія, я новировалъ обязательство, и за симъ слѣдовала, съ законами логической необходимости. консумція другаго. Но въ чемъ-же матерьяльный смыслъ такъ опредѣлившагося отношенія обоихъ обязательствъ? Конечно. въ томъ, что одно изъ нихъ есть избранное, другое отвергнутое, одно приводится въ дѣятельное состояніе, другое пребываетъ въ состояніи покоя. По формальнымъ причинамъ въ одномъ первомъ, выведенномъ въ судъ, выразится всё притязаніе, заключавшееся прежде въ двухъ обязательствахъ. Теперь не къ силѣ формальнаго акта, а къ внутреннему его содержанію, къ его смыслу сводится вопросъ о его вліяніи на оба обязательства. Имѣетъ ли теперь тоже содержаніе понятіе о litis contestatio какъ способѣ прекращенія какъ прежде (novatio, consumtio)?

Мы можемъ сказать, что litis contestatio есть и теперь моментъ рѣшительный для процессуальной постановки вопроса, но содержаніе этого понятія, когда имъ опредѣляется вліяніе на корреальную конструкцію, есть теперь болѣе отрицательное, чѣмъ положительное. Говоря, что обязательство другаго прекращается litis contestatione, conventione или petitione [1]), классики такъ часто присоединяютъ къ этому еще точнѣйшее опредѣленіе,—non perceptione, оттѣняя этимъ именно отрицательную сторону дѣйствія litis contestatio. Они хотятъ этимъ выразить только, что не матерьяльнымъ удовлетвореніемъ, а независимо отъ матерьяльнаго удовлетворенія происходитъ погашеніе обоихъ обязательствъ, силой сдѣланнаго выбора, electione, силой содержащагося въ litis contestatio рѣшительнаго въ процессуальномъ смыслѣ акта воли. Посему мы и находимъ постоянную смѣну одного понятія другимъ (то intentione, то elec-

1) См. приведен. выше мѣста.

tione, при чемъ, конечно, въ высшей степени вѣроятно, что компиляторы вытѣсняли послѣдней формой первую) и постоянное противуположенiе обоихъ понятiю perceptio.

Извѣстно, что и при простомъ солидарномъ сопоставленiи двухъ обязательствъ выборъ тоже имѣетъ мѣсто и litis contestatio тоже рѣшаетъ вопросъ,—но не о томъ, *кто изъ двухъ*, а лишь о томъ, *кто прежде* будетъ отвѣчать.—Чѣмъ условлено это различiе дѣйствiя выбора тутъ и тамъ? Несомнѣнно, *природой обязательствъ*, которыя въ солидарности отвѣчаютъ одно за другое, а въ корреальности каждое за себя; природой ихъ— матерьяльной, зависимой, условной въ солидарности и отвлеченной, отрицательно-формальной, самобытной въ корреальности. Если не такова ихъ природа въ самой основѣ, то на нихъ переносится аналогически качество абстрактности.

Замѣтимъ еще, что съ предъявленiемъ на долю иска противъ одного въ корреалитетѣ я, независимо отъ результата, могу только на остальное искать противъ другаго. Наоборотъ, искъ противъ одного, чѣмъ бы онъ ни кончился, хотя освобожденiемъ отвѣтчика, не мѣшаетъ при солидарности искать опять всё съ другаго [1].

И такъ въ litis contestatio скрывается теперь рѣшающая сила выбора, которымъ разрушается вся конструкцiя согласно природѣ входящихъ въ составъ ея обязательствъ.

Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ, именно тамъ, гдѣ корреальность является позитивно примѣненной, особенно въ легатѣ, гдѣ надо разрѣшить вопросъ—кто прiобрѣтетъ выгоду или на кого падетъ тяжесть,—тамъ классики оттѣняютъ еще одну сторону въ вопросѣ о дѣйствiи litis contestatio. Они видятъ въ скорѣйшемъ предъявленiи извѣстнымъ лицомъ иска признакъ болѣе бдительной воли, и это качество въ ихъ глазахъ составляетъ рѣшающiй критерiй для вопроса, кто изъ

1) Мѣсто на стр. 238 и Гай IV, § 56 и 122.

двухъ легатаровъ исключитъ своимъ требованіемъ требованіе другаго.

Мы возьмемъ нѣкоторыя свидѣтельства, въ которыхъ прямо видна такая точка зрѣнія. Но правильное отношеніе къ этимъ свидѣтельствамъ получается лишь тогда, когда они сопоставлены съ другими, которыя касаются тоже вопросовъ о сдѣлкахъ лукративнаго характера. Юлій Павелъ говоритъ:

> Non solet deterior conditio fieri eorum, qvi litem contestati sunt, qvam si non, sed plerumqve melior; nemo enim perseqvendo deteriorem causam, sed meliorem facit. [1])

Въ actiones populares искъ и всѣ выгоды его освоиваются чрезъ litis contestaio тѣмъ, кто дѣятельнѣе· Если прежде въ основѣ этого могли лежать соображенія формальнаго свойства, то позже они очевидно отошли на второй планъ, ибо Юлій Павелъ говоритъ:

> nam et si qvis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit. [2])

Гай разсматриваетъ прямо того, кто вывелъ свое притязаніе въ судъ какъ болѣе бдительнаго:

> In compensationem etiam id deducitur, qvo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior qvisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur. [3])

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ между двумя лицами долженъ быть рѣшенъ вопросъ, кому изъ двухъ должна

---

1) L. 86 и 87 D. de R. I.
2) L. 30 § 3 D. 12. 2.
3) L. 8 D. 16. 2.

придти вещь, если права того и другаго одни и тѣ-же,—рѣшаетъ владѣніе.

> In pari causa potior est possessor [1]), или—possidentis melior est conditio. [2])

По этому:

> cum unius rei in duos donatio confertur, potior est ille, cui res tradita est. [3])

И въ виду этого, дѣйствіе litis contestatio въ тѣхъ случаяхъ приложенія корреалитета, гдѣ имѣетъ мѣсто лукративное обращеніе имущества двумъ или многимъ лицамъ, такъ что у онерированнаго образуется нѣсколько обязательствъ, разрѣшается чрезъ litis contestatio именно по этому-же началу первенства, преимущества права приблизившагося къ осуществленію передъ оставшимъ въ этомъ смыслѣ. У Ульпіана читаемъ:

> Sic evenit, ut interdum, si pluribus testator honorem habere voluit, et de pluribus sensit, qvamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem ejus plures admittantur, ut puta si decem fuerunt ejusdem rei stipulandi et heres vel fideicommissarius rogatus est, ut iis solveret; hic enim, si. omnium interest, et de omnibus sensit testator, fideicommissum relictum omnes petere poterunt. Sed utrum in partem agent, an in solidum, videamus; et credo, prout cujusqve interest, conseqventur. Unus igitur qvi o c c u p a t, a g e n d o totum conseqvitur, ita ut caveat, defensum iri adversus ceteros fideicommissarios eum, qvi solvit, sive socii sunt, sive non [4]).

---

1) Pauli R. S. I. 11. 1.
2) L. 1 § 1. D. 43. 33.
3) Pauli R. S. V, 11, 4; Fr. Vat. § 315.
4) L. 11 § 21. D. de legat. III. Здѣсь видно, сколько своеобразныхъ моментовъ заключаетъ въ себѣ легатъ. Важно обратить вни-

У Павла видна таже точка зрѣнія на litis contestatio какъ на актъ выбора, хотя ближайшимъ образомъ касающагося только вопроса о томъ, какой изъ двухъ предметовъ (вещь или ея цѣна) долженъ достаться которому изъ легатаровъ:

> tunc enim uni pretium, alii ipsa res assignatur electione rei, vel pretii servanda ei, qvi prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est, ita tamen, ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire [1]).

Несомнѣнно, что эта же точка зрѣнія можетъ имѣть мѣсто и вообще тамъ, гдѣ нельзя опредѣлить, non potest reperiri, какое изъ двухъ обязательствъ и почему должно консумировать другое, cur altera potius qvam altera consumeretur. Если формальныхъ причинъ недостаточно для отвѣта на вопросъ, то отвѣтъ можетъ быть конструированъ на этой фактической причинѣ. Предъявить искъ—тоже что овладѣть вещью (occupare agendo), сдѣлать suam conditionem meliorem (при активной корреальности), но въ тоже время, по отношенію къ должнику, это значитъ исчерпать все содержаніе его обязательства, или, въ отношеніи ко многимъ должникамъ (пассивная корреальность), исчерпать все содержаніе своего права и обязательно для себя принять его долгъ какъ разрѣшающій обязательства всѣхъ другихъ.

И такъ именно въ случаяхъ лукративнаго характера обязательствъ, гдѣ послѣднюю цѣль составляетъ *даровое стяжаніе*, чистое lucrum, корреальная конструк-

---

маніе на то, что часто вопросъ, кого хотѣлъ почтить testator, есть очень трудный и въ высшей степени важный для судьбы легата. Насколько индивидуализируется положеніе каждаго вслѣдствіе особаго свойства назначенія—мы не будемъ говорить. Вопросъ объ матерьяльномъ удовлетвореніи есть здѣсь всегда благонадежный, ибо вѣдь это delibatio наслѣдства съ гипотекарнымъ искомъ.

1) L. 33 D. 30. 1.

ція дѣйствительно пріобрѣтаетъ характеръ игры (Glücksspiel). Но лежитъ ли это въ ея свойствахъ, или это условлено совершенно постороннимъ ей элементомъ *лукративности* всей сдѣлки? Мы думаемъ, что отвѣтъ не можетъ возбуждать никакихъ сомнѣній.

Во всѣхъ другихъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ этого чуждаго момента (lucrum), гдѣ идетъ рѣчь просто о взысканіи по тому или другому обязательству, тамъ выборъ дѣйствуетъ совершенно независимо отъ того, лучше или хуже стало положеніе истца или отвѣтчика. Возможно, что одинъ изъ вѣрителей, предъявивъ искъ, сдѣлалъ этимъ свое положеніе очень дурнымъ, точно такъ, какъ делегатаръ принятіемъ стипуляціи отъ делегата, ибо взялъ на свой страхъ обязательство, которое послѣ окажется ничего не стоющимъ. Точно также возможно, что избранный должникъ не заплатитъ, а между тѣмъ его обязательство идетъ всё таки въ счетъ въ полной суммѣ, такъ что онъ будетъ въ выгодѣ.—Но всѣ такіе вопросы суть для корреальной конструкціи совершенно праздные, и рѣшающимъ будетъ не выгода или невыгода, а выборъ, одинъ выборъ.

Искъ и скрытый въ немъ смыслъ избранія можетъ идти не на всю сумму по одному обязательству, а на доли по каждому. Эта сторона вопроса не представляетъ собою большаго интереса, и мы обходимъ ее, избѣгая излишней обширности книги [1]).

Вопросъ о томъ, какимъ процессуальнымъ средствомъ будетъ защищаться другой должникъ, когда выборъ сдѣланъ, есть для насъ въ высшей степени простой. Если прежде формы консумціи дѣйствовали абсолютно-разрѣшающимъ другое обязательство образомъ, ipso jure, то теперь отвлеченное отъ формъ понятіе

---

1) Никто, разумѣющій дѣло, не заключитъ отсюда, чтобы авторъ считалъ возможнымъ не изслѣдовать вопроса и въ этомъ смыслѣ обойти его. Мы хотимъ только сказать, что излагать здѣсь результаты изслѣдованія не считаемъ важнымъ. Если бы мы не различали такимъ образомъ разныхъ вопросовъ, то книга получила бы размѣры, не соотвѣтствующіе спеціальности нашей темы.

electio заключаетъ въ себѣ совершенно тоже содержаніе. Другой отвѣтчикъ или другой истецъ будетъ встрѣченъ не возраженіемъ (exceptio rei in judicium deductae), а отрицаніемъ долга. [1])

Мы переходимъ къ другимъ способамъ прекращенія корреальнаго обязательства въ позднѣйшую эпоху. Начнемъ съ понятія solutio. [2]) Прекращеніе силы вербальнаго контракта актомъ реальнаго совершенія составляетъ, какъ мы видѣли выше (стр. 176 и слѣд.), отступленіе отъ началъ строгаго формализма, которымъ нѣкогда опредѣлялся весь характеръ гражданскаго оборота. Теперь, когда сфера примѣненія корреальности расширилась далеко за первоначальные предѣлы, конечно, не могло уже болѣе быть рѣчи о необходимости именно только извѣстными *формальными* способами прекращать обязательства, входящія въ составъ корреальной конструкціи. Въ виду этого совершенно понятно, что мы находимъ столь часто въ источникахъ сопоставленными—acceptilatio, litis contestatio и solutio, какъ совершенно одинаковые способы прекращенія корреалитета.

> Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraqve tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat. [3])

Тѣ писатели, которые, болѣе или менѣе рѣшительно, отказываются признать разницу между солидарностью

---

1) Подробности см. у Фиттинга §

2) Понятіе имѣетъ болѣе обширный смыслъ, какъ dissolutio, и болѣе тѣсный—уплаты. Послѣднее часто встрѣчается, первое рѣже см. напр. L. 54 L. 80 D. 46. 3. L. 4 § 7 D. 42. 1. L. 47 и 176 D. 50. 16. ср. еще L. 19 h. t. L. 8 § 5 L. 31 § 1 D. 46. 2. L. 34 § 1 D. 46. 3. L. 69 D. 46. 1. L. 16 D. de leg. II.

3) § 1 I. h. t. Ср. еще напр. L. 27 § 6 D. 2. 14. D. 3 § 1 D. h. t. и многія другія, приведенныя выше.

и корреальностью, видятъ въ одинаковомъ дѣйствіи уплаты на ту и другую очень существенную поддержку своего мнѣнія. Это ошибка совершенно очевидная, ибо хотя уплата тутъ и тамъ прекращаетъ оба обязательства, но въ солидарности одинъ должникъ платитъ за всѣхъ, одинъ вѣритель принимаетъ уплату за себя и за другихъ, тогда какъ въ корреалитетѣ каждый уплачиваетъ свой долгъ и каждому производится уплата по его обязательству, [1]) perinde ac si solus stipulatus esset.

Съ другой стороны, какъ было тоже показано выше (стр. 37), присоединеніе лица solutionis causa къ обязательству разсматриваютъ иногда какъ сходное съ корреальной конструкціей сопоставленіе. [2]) Здѣсь будетъ умѣстно привести нѣкоторыя свидѣтельства, изъ которыхъ видна вся ошибочность этого сближенія.

> Accessio vero in obligatione, говоритъ Юлій Павелъ, [3]) aut rei aut personae fit; personae, qvum mihi aut Titio stipulor.

Совершенно тотъ-же акцессорный характеръ отмѣчаетъ и Гай въ лицѣ присоединенномъ къ стипуляціи solutionis causa. Посему я (stipulator) могу къ долгу безусловному присоединить такое лицо подъ условіемъ, и наоборотъ, никогда къ условному долгу solutionis causa adjectus не привходитъ безусловно,—тогда

> inutilis erit tota stipulatio......., qvia nisi, qvod a me, vim acceperit obligatio, adjectio nihil potest valere. [4])

Ульпіанъ прямо противупоставляетъ такое лицо съ субъектомъ обязательства:

1) Развѣ, см. выше, въ данномъ случаѣ correus обязался pro te, или институтъ принялъ спеціальное направленіе обезпеченія, какъ въ fidejussio. Для confidejussores тоже что для correi.
2) Фиттингъ о томъ и другомъ—ganz ähnliches Verhältniss.
3) L. 44 § 4 D. 44. 7.
4) L. 141 § 7 D. de V. O.

> qvia non acqvirendae obligationis gratia, sed solutionis causa personam filii apprehendisse intelligatur. [1])

Тоже у Марцелла:

> Si mihi aut Titio decem stipulatus fuerim, Titius fidejussorem accipere non potest, qvia solutionis tantum causa adjectus est. [2])

Такое лицо можетъ быть всегда удалено простымъ актомъ воли вѣрителя. [3])

Повидимому при такихъ свидѣтельствахъ трудно сомнѣваться, что одно полномочіе принять уплату не сдѣлаетъ еще лицо субъектомъ обязательства.

Уплата въ корреалитетѣ, сдѣланная тому ли, другому-ли, вполнѣ или отчасти, есть удовлетвореніе по обязательству, въ отношеніи къ которому она производится. Уплата по одному прекращаетъ другое по той простой причинѣ, что сопоставленіе обязательствъ ни здѣсь, ни въ солидарности не имѣетъ цѣлью двойнаго полученія денегъ (см. выше стр. 134).

Оригинальныя модификаціи явленія, гдѣ конструкція, неимѣющая существеннаго реквизита корреальности, тождества предмета, въ извѣстныхъ условіяхъ можетъ дать тотъ-же результатъ, какъ и корреальная стипуляція, была указана нами выше. [4])

Уплата можетъ послѣдовать по другому обязательству только при условіи, что первое не выведено въ судъ. [5])

---

1) L. 56 § 2 D. 45. 1.

2) L. 23 D. 46. 1. L. 57 § 1 D. 46. 3. можетъ служить доказательствомъ того, какъ въ римскомъ правѣ долго рядомъ съ новыми явленіями удерживались старыя формы.

3) L. 51 D. 46. 3.

4) L. 15 h. t.

5) L. 16 h. t.

Уплата долей, составляющихъ вмѣстѣ цѣлое, хотя бы доли шли на погашеніе отдѣльныхъ обязательствъ, прекращаетъ всю конструкцію. [1])

Въ матерьяльномъ смыслѣ залогъ и expromissio равняется уплатѣ. [2])

Намъ остается анализировать еще тѣ способы прекращенія обязательствъ, которыхъ традиція идетъ изъ эпохи формализма. Это novatio и acceptilatio.

Что касается первой, то намъ знакомо уже изъ краткаго очерка успѣховъ современной нѣмецкой литературы (стр. 104 и слѣд.) измѣнившееся значеніе этого института въ позднѣйшую эпоху. Самая яркая черта, которою отмѣчается теперь ея дѣйствіе на прежнее обязательство, видна для насъ, конечно, на самомъ корреальномъ обрядѣ, гдѣ идущая на idem стипуляція другаго вѣрителя или должника только тогда погашаетъ прежнее обязательство, когда есть animus novandi [3]).

Характеру эпохи вовсе не противна кумуляція средствъ для одной цѣли, и въ этомъ смыслѣ consequens est dicere, pristinam obligationem durare et sequentem accedere. Если новація должна произвести разрѣшеніе корреальной конструкціи, то лишь при томъ условіи, что она въ данномъ случаѣ равняется уплатѣ. Только verbis, только формальнымъ обрядомъ, конечно, нельзя прекратить обязательствъ въ новомъ кругѣ примѣненія корреальности, и если здѣсь будетъ имѣть мѣсто этотъ способъ, то за намъ скрывается всегда реальный моментъ, re et verbis происходитъ погашеніе.

Венулей, который, когда онъ говоритъ отъ себя, есть настоящій свидѣтель позднѣйшаго взгляда на явленіе, задаетъ вопросъ:

> Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, qvaeritur, et qvid juris unusqvisqve sibi acqvisierit?

---

1) L. 34 § 1 D. 46. 3. L. 15 D. de leg. II.

2) L. 5 3 D. 18. 1. Догматическаго характера подробности мы обходимъ. У Гая особенно важны II, § 83 и 84. III, 91.

3) L. 3 D. h. t.

Затемъ онъ утверждаетъ, что какъ уплата одному (uni recte solvi), такъ и искъ (unum in judicio petentem totam rem in litem deducere), такъ, наконецъ, и акцептиляція одного прекращаетъ обязательства обоихъ (perimi utrisqve obligationem), совершенно такъ, какъ бы каждый изъ нихъ одинъ стипулировалъ. Отличіе отъ стипуляціи одного заключается только въ томъ, что дѣйствіемъ (factum), актомъ воли другаго, съ которымъ у насъ общее право (commune jus, конечно право выбора), мы можемъ лишиться должника (amittere debitorem). Что же для новаціи? Вотъ заключеніе текста:

> Secundum qvae, si unus ab aliqvo stipuletur, novatione qvoqve liberare eum ab altero poterit, qvum id specialiter agit, eo magis qvum eam (sc. novam) obligationem similem solutioni esse existimemus. [1])

Что-же отсюда слѣдуетъ? Что новая стипуляція, если ее принимаютъ какъ уплату, то она и дѣйствуетъ какъ уплата. По поводу этого сближенія, которое очень часто встрѣчается въ источникахъ, многіе, также какъ и по поводу самой solutio, указываютъ на то обстоятельство, что и на солидарныя обязательства novatio въ этомъ смыслѣ дѣйствуетъ также. Мы опять, въ виду этихъ возраженій, повторимъ, что въ подлинной корреальности и уплата и novatio происходитъ non alterius nomine, sed suae obligationis. [2]) Съ другой стороны, по словамъ Помпонія, solutio есть натуральный способъ прекращенія обязательствъ. [3]) Если нельзя этого-же сказать о новаціи, то несомнѣнно, однако, что въ ней теперь всегда скрывается сатисфакціонная сила. Но сатисфакція, составляющая, пожалуй, тоже натуральную цѣль обязательства, не есть единственная

---

1) L. 31 § 1 D. 46. 2.
2) L. 12. 8 D: de V. O.
3) L. 107. D. 46. 3.

и определяющая цѣль корреальной конструкціи, и она совершенно иначе, чѣмъ солидарность, можетъ прекратиться (litis contestatione) и тогда, когда эта натуральная цѣль осталась еще въ извѣстномъ отдаленіи.

Для позднѣйшей практики эта точка зрѣнія на новацію, какъ на суррогатъ уплаты, есть единственно правильная. [1])

Что касается акцептиляціи, то мы видѣли ее выше въ ея подлинной роли въ сферѣ формализма. Несомнѣнно, что и теперь она способна явиться въ тойже роли; но рядомъ съ этимъ развиваются лобопытныя отклоненія и примѣненія этого понятія у позднѣйшихъ классиковъ. У Юлія Павла и Ульпіана acceptilatio, которая какъ таковая не имѣетъ силы (inutilis), способна сохранить силу безформеннаго соглашенія [2]). Она, далѣе, оказывается пригодной для контрактовъ реальныхъ и консензуальныхъ [3])

Засимъ, и это одно открываетъ выходъ изъ затрудненій, которыя представляетъ изученіе этой формы въ позднѣйшее время, писатели этого времени постоянно сближаютъ дѣйствіе ея съ дѣйствіемъ уплаты. Ульпіанъ прямо держится этой точки зрѣнія въ вопросъ о вліяніи акцептиляціи на корреальную конструкцію:

> Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et hi, qvi secum obligantur. Nam cum ex duobus, pluribusve

---

1) См. Савиньи, Oblig., I, стр. 165, но только для позднѣйшаго времени это вѣрно. Ср. еще L. 9 § 3 D. 13. 7. Дѣйствіе новаго обязательства на различныя акцессорныя сдѣлки въ прежнемъ, также новація на долю см. въ спеціальныхъ сочиненіяхъ, напр. Salkowski, указан. выше, § 11.

2) Ср. L. 8 pr. D. 46. 4. L. 27 § 9. D. 2. 14.

3) L. 5 pr. D. 18. 5. L. 19 D. 46. 4.

ejusdem obligationis participibus uni accepto fertur, caeteri qvoqve liberantur: non qvoniam ipsis accepto latum est, sed qvoniam velut solvisse videtur is, qvi acceptilatione solutus est [1]).

Вездѣ въ юриспруденціи задача открыть внутренній моментъ, имъ опредѣлить силу акта, не оставляя его на той степени только формальной извѣстности, которою ограничивалось прежнее время, а съ этой точки зрѣнія, конечно, ближе всего было приписать ей тоже дѣйствіе, какое имѣетъ solutio. Опять и тутъ многіе отказываются видѣть разницу между корреальнымъ и солидарнымъ обязательствомъ. Мы усматриваемъ ее тамъ-же, гдѣ (см. выше) она есть и для solutio

Мы должны далѣе имѣть въ виду и другіе очень разнообразные способы прекращенія корреалитета, которые вообще имѣютъ мѣсто для всякаго рода обязательствъ, ибо чѣмъ безразличнѣе въ формальномъ смыслѣ становилась сама конструкція, тѣмъ далѣе должны были развиваться и дѣйствующія на нее средства прекращенія. Мы остановимся только на болѣе важныхъ пунктахъ [2]).

Прежде всего разсмотримъ дѣйствіе constitutum. Вопросъ составляетъ очень избитую тэму у всѣхъ изслѣдователей явленія. Мѣсто, на которомъ сосредоточивается общее вниманіе, принадлежитъ Юлію Павлу. Вотъ оно:

Idem est, et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, qvia

---

1) L. 16 pr. D. 46. 4. Ср. еще L. 7 § 1 D. 34. 3: acceptilatio solutioni comparatur.

2) Очень подробно объ этомъ у Кунце, стр. 192, гдѣ онъ ставитъ особую рубрику для depositio judicialis,—тогда какъ, конечно, сказать объ этомъ что либо для корреалитета воособенности нѣтъ никакой возможности.

loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur. [1])

Трудность толкованія заключается въ томъ, что собственно назначеніе constitutum не въ томъ, чтобъ погашать, подобно уплатѣ, прежнее обязательство, а лишь въ томъ, чтобъ утвердить старый долгъ новымъ исковымъ средствомъ. [2]) Для этого мы имѣемъ совершенно несомнѣнныя указанія источниковъ:

Ubi qvis pro alio constituit se soluturum, adhuc is, pro qvo constituit, obligatus manet. [3])

Кунце, чтобъ объяснить вліяніе constitutum на корреальную конструкцію, считаетъ необходимымъ создать новое понятіе *преторской новаціи*, а за симъ дѣйствіе ея уже легко объясняется аналогіей съ простой новаціей. [4])

Фиттингъ сводитъ вліяніе конститута на оба обязательства къ понятію electio, къ вліянію выбора (стр. 202). Мы совершенно раздѣляемъ его мнѣніе. Нельзя сомнѣваться, въ виду обоихъ свидѣтельствъ Павла, что одно изъ обязательствъ совершенно прекращается посредствомъ constitutum, заключеннаго по другому. Но въ тоже время нельзя не видѣть, вмѣстѣ съ Савиньи, въ этомъ дѣйствіи его полнѣйшаго сингуляритета, котораго возможность условлена полнымъ перерожденіемъ положительно-формальной природы корреальныхъ обязательствъ. Въ этомъ смыслѣ для насъ важно то, что

---

1) L. 10 D. 13. 5. Кунце указываетъ еще и другой текстъ Юлія Павла, приведенный нами выше, см. стр. 143. Ученіе о constitutum въ послѣднее время сдѣлало важные успѣхи, см. особенно Бэра, Anerkennung, § 30, Сальпіуса, Novation, § 49.

2) Савиньи, Oblig., I, 168.

3) L. 28 D. 13. 5.

4) Sinqularsuc., § 48.

такое дѣйствіе конститута не засвидѣтельствовано ни кѣмъ, кромѣ Юлія Павла.

Такимъ образомъ, въ лицѣ Сцеволы, учителя Папиніана, въ лицѣ самаго Папиніана и его двухъ великихъ учениковъ, Павла и Ульпіана, критическое и свободное отношеніе мысли къ элементамъ обѣихъ историческихъ системъ римскаго права достигаетъ своего вѣнца.

Дальнѣйшіе вопросы, о compensatio, transactio, давности и проч. имѣютъ только догматическій интересъ для современнаго права. [1])

---

1) Ср. обширные экскурсы объ этихъ вопросахъ у Кунце § 47 и слѣдующ.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Ко времени Юстиніана весь смыслъ формъ и функцій абстрактнаго обязательства исчезъ окончательно. Нельзя сказать, чтобъ это было дѣломъ законодательства. Мы видѣли выше, что стипуляція только факультативно заключала въ себѣ элементы отвлеченнаго обязательства. Къ концу развитія именно эта способность ея оказывается совершенно излишнею. Отвлеченная стипуляція выходитъ изъ употребленія, безъ всякаго акта, которымъ совершился бы переворотъ въ системѣ обязательствъ. Новообразованія матерьяльныхъ контрактовъ замѣняютъ ее вполнѣ и повсюду. Очевидно, элементы формализма становятся совершенно чуждымъ жизни явленіемъ и ихъ мѣсто занимаетъ иная, матерьялизующая тенденція.

Соотвѣтственно этому въ институтахъ, тѣсно связанныхъ съ ея формальной природой, идетъ сперва въ практикѣ, потомъ и окончательно въ Юстиніановскомъ законодательствѣ постоянный склонъ въ эту же сторону, и здѣсь мы находимъ цѣлый рядъ отдѣльныхъ актовъ, которыми, согласно новымъ требованіямъ жизни, отмѣняются одинъ за другимъ остатки прежняго формализма. Въ знаменитой const. ultima C. de novationibus [1]) вмѣсто прежнихъ формальныхъ презумцій для

---

1) Мы можемъ еще за прошлый годъ отмѣтить новую обширную попытку истолковать законъ въ Zeitschrift f. Rechtsgesch., 1873, 1 Band, 2 Heft, статья Roever'a. Изучать ее мы уже не имѣли времени.

animus novandi освобождающее дѣйствіе новаціи поставлено въ зависимость отъ прямо выраженной въ этомъ смыслѣ воли лицъ. [1])

Что касается ближайшимъ образомъ корреалитета, то рѣшающую, въ смыслѣ прямой отмѣны его (для пассивныхъ случаевъ), мѣру мы находимъ въ L. 28 C. de fidejuss. 8. 41. отъ 18-го октября 531 года. Императоръ говоритъ:

> Generaliter sancimus, qvemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur, ita et in fidejussoribus observari. Invenimus etenim, in fidejussorum cautionibus plerumqve ex pacto hujusmodi causae esse prospectum, et ideo generali lege sancimus nullo modo electione unius ex fidejussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum, fidejussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfactum sit creditori, sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo ei satisfiat.
>
> Idemqve in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, e personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat.

Практическія соображенія, которыя руководятъ волей законодателя, выражены тутъ-же. Онъ указываетъ на то, что эта цѣль постоянно достигается особыми соглащеніями между сторонами, сопровождающими всякую подобную сдѣлку, и для того чтобы.

---

1) Савин., стр. 272. Бэръ видитъ въ содержаніи законѣ строгую презумцію противъ новирующей силы послѣдующей стипуляціи стр. 158.

simplicitas suscipientium contractus

не вредила интересамъ кредитора, Юстиніанъ возводитъ этотъ фактически нормальный порядокъ въ общую, независимую отъ предусмотрительности контрагентовъ, законодательную норму.

Такимъ образомъ между солидарнымъ обезпеченіемъ и корреальнымъ обязательствомъ изглаживается вся разница, нѣкогда такъ глубоко и рѣзко отличавшая оба института. Вмѣсто творческаго, въ оборотномъ смыслѣ, значенія конструкціи, она сходитъ на степень такогоже простаго охранительнаго средства, какимъ были и поручители въ эту пору.

Если справедливо, что реформа Юстиніана касалось только случая пассивнаго корреалитета, то заключенія отсюда къ тому, чтобы активная корреальность сохраняла прежнее свое значеніе, суть, конечно, ошибочныя, и все что мы въ правѣ сказать въ виду приведеннаго нами закона, должно строго ограничивать отрицательнымъ результатомъ: активное сопоставленіе двухъ обязательствъ осталось неотмѣненнымъ въ законодательномъ смыслѣ. Слѣдуетъ ли отсюда заключать, чтобъ оно имѣло въ эту пору прежнее значеніе въ гражданскомъ оборотѣ?

Мы сомнѣваемся въ этомъ, ибо конструкція падала не вслѣдствіе причинъ въ ней только лежащихъ, а вслѣдствіе измѣнившагося въ самыхъ основахъ общаго характера гражданскаго оборота.

Совершенно позитивное нововведеніе давности для случаевъ корреальнаго обязательства, незадолго предшествовавшее выписанной выше конституціи, также какъ въ высшей степени спорное содержаніе Nov. 99 [1]) не представляютъ для насъ никакого историко-юридическаго интереса, и мы оставляемъ вопросъ въ томъ ви-

1) Савиньи, § 26, совершенно отвергаетъ практическую важность рѣшаемаго здѣсь случая. Впрочемъ попытки толкованія этой новеллы очень многочисленны ср. Вангерова, по 7 изд., III. стр .78.

дѣ, въ какомъ онъ до сихъ поръ продолжаетъ раздѣлять мнѣнія вождей современнаго догматизма.

Вопросъ о регрессѣ, который мы считаемъ совершенно чуждымъ для подлиннаго корреалитета, становится все болѣе важнымъ по мѣрѣ того, какъ границы корреальнаго обязательства съ солидарнымъ теряютъ распознаваемость, и мы думаемъ, что полной ясности вопросъ о способѣ и цѣли регресса достигнетъ только тогда, когда наука и практика придетъ къ простому заключенію, что одни случайные остатки отжившаго института не въ состояніи дать твердой исходной точки для рѣшенія вопросовъ первѣйшей практической важности. Въ этомъ смыслѣ протестъ многочисленныхъ новыхъ изслѣдователей вопроса противъ всякой необходимости дѣлать различіе между простой солидарностью и корреальностью въ общемъ правѣ есть несомнѣнно совершенно основательный. Теперешнее мѣсто института вовсе не въ традиціяхъ Юстиніановскаго законодательства, а лишь въ новообразованіяхъ позднѣйшаго оборота съ обязательствами, въ которыхъ снова ожили элементы формализма, давшіе съ самаго начала смыслъ и жизнь явленію.

Мы не ставили себѣ цѣлью дать читателю исчерпывающей отчетъ многочисленныхъ теперешнихъ попытокъ приноровить остатки корреальной конструкціи къ потребностямъ и характеру современнаго оборота. Мы продолжаемъ думать, что только изученіе явленія на подлинной его почвѣ способно дать надежный критерій для всякихъ вопросовъ о его примѣненіи. Только этого критерія, этого опредѣляющаго принципа, этой основы конструкціи мы и искали въ памятникахъ классическаго права. Читатель легко дастъ себѣ отчетъ въ томъ, насколько мы обязаны результатами нашего изысканія успѣхамъ современной нѣмецкой литературы римскаго правовѣдѣнія. Но прямо пригодными для насъ въ смыслѣ истолкованія системы римскаго формализма были далеко не всѣ попытки изученія корреальности. Мы заподозрили правильность обоихъ главнѣйшихъ опытовъ объяснить явленіе, по крайней мѣрѣ съ его генетичес-

кой стороны. Но оба, по нашему мнѣнію, солиднѣйшихъ изслѣдователя вопроса изучали корреальность тоже прямо держась источниковъ. Поэтому оба они, вмѣстѣ съ Demengeat, Helmolt'омъ, Rückert'омъ, Кунце, Girtanner'омъ постоянно служили намъ спутниками въ нашей работѣ. Этими именами, однако, вовсе не ограничивается кругъ писателей, касающихся нашего вопроса. Остается много другихъ, совершенно иначе опредѣлявшихъ свои задачи. У иныхъ мы находимъ не столько прямое отношеніе къ источникамъ, сколько попытки примирить уже выработанныя ученія другъ съ другомъ. Таковъ Samhaber, Brackenhöft. Далѣе, есть писатели, давшіе совершенно иной размѣръ вопросу, изслѣдованія которыхъ уходятъ вовсе изъ предѣловъ нашей задачи, каковъ воособенности Баронъ, съ его Gesammtrechtsverhältnisse, куда онъ относитъ между прочимъ и корреалитетъ. Труды такого рода невольнымъ образомъ всё дальше и дальше уходятъ отъ васъ, по мѣрѣ того какъ вы ближе и точнѣе сосредоточиваете вниманіе именно на источникахъ. Этимъ вовсе не предосуждается ихъ внутреннее достоинство, но, по своему свойству, они не могутъ составлять средства для вашихъ цѣлей, а на оборотъ сами должны составлять цѣль изученія и оцѣнки.

Наша задача есть конченная, въ тѣхъ тѣсныхъ границахъ, которыя мы поставили себѣ. Не тамъ конечно, гдѣ явленіе потеряло свой характеръ, а тамъ гдѣ оно получило его сосредоточивался для насъ весь интересъ нашей работы. Определившаяся въ римскомъ формализмѣ конструкція, которой существенные, отвлеченные отъ прежней формы, логическіе реквизиты примѣнялись позже въ другой сферѣ, не есть пропавшій для права историческій опытъ. Ея ненадобность въ извѣстныхъ условіяхъ оборота не есть свидѣтельство непригодности ея въ другихъ. Та выработанная техника обмѣна обязательствъ, которой образцомъ служитъ эта конструкція, нигдѣ, конечно, не повторяется въ прежнемъ видѣ, но смыслъ, скрывавшійся въ ней и опредѣлившійся позже, даетъ въ результатѣ навсегда побѣжден-

ную трудность въ вопросѣ о природѣ обязательства. Оно не есть только средство для цѣлей матерьяльныхъ: Оно способно само образовать собою самобытный объектъ обмѣна, опредѣляющій, связывающій, разрѣшающій также свободно и, конечно, еще легче, чѣмъ матерьяльныя вещи, величайшее разнообразіе юридическихъ отношеній. Облеченная въ другую одежду, болѣе роскошную, говоритъ Кунце, но все таже римская идея абстрактнаго обязательства является и теперь торжествующей въ безчисленныхъ новыхъ формахъ гражданскаго оборота. Ея источникъ лежитъ въ изумительномъ практическомъ инстинктѣ римлянъ. Въ формахъ ими созданныхъ, въ ихъ практикѣ, простой и типической, мысль привыкаетъ узнавать логическіе элементы любаго сложнаго образованія. Не въ ихъ опредѣленіяхъ, не въ этихъ понятіяхъ обязательства, гдѣ обязательство всегда является только какъ средство для матерьяльной цѣли, а въ ихъ институтахъ видна его подлинная природа, его независимая, свободная отъ матеріи, самобытная сила.

Кто не сдѣлалъ себѣ яснымъ этого свойства обязательства, для того конструкція, которую мы анализировали здѣсь, останется навсегда неразгаданной проблемой.

Н. Дювернуа.

Оглавленіе.

Введеніе стр. 1—18.

Общее значеніе вопроса 3. Характеръ развитія институтовъ римскаго гражданскаго права 4. Способъ изслѣдованія 5. Двѣ теоріи. Догматизмъ и историко-юридическій методъ 6—10. Формализмъ 10—12. Практическое свойство задачи 13. Связь съ другими вопросами 14—15. Воля какъ послѣдній критерій достоинства сдѣлки 16. Характеръ современнаго права 17. Опытъ Ihering'a 18.

ОТДѢЛЪ I.

Критическая оцѣнка двухъ теорій стр. 19—40.

Литературная замѣтка 19. Риббентропъ и источники 21. Единство обязательства, объективный составъ и субъективныя отношенія 22. Кажущаяся простота 23. Слѣдуетъ ли искать готовой теоріи у классиковъ?—24. Слово obligatio 25. Что такое субъективныя отношенія?—27. Неправильное отношеніе къ источникамъ 28. Состояніе ученія у Савиньи 29. Упрекъ Demangeat 30. Практическія задачи въ Германіи 31. Отношеніе Фиттинга къ свидѣтельствамъ источниковъ 32. Дополненіе его индекса 33. Новая точка зрѣнія 34. Въ какомъ видѣ является вопросъ?—35. Количественное и качественное отношеніе къ источникамъ 36. Сравненіе и его результаты 37 и 38. Вопросъ о принципахъ у Demangeat 40.

ОТДѢЛЪ II.

Эпоха первоначальнаго развитія корреальности стр. 41—202.

Гдѣ подлинная форма образованія корреальности? Какіе здѣсь заключаются вопросы?—42. Легатъ или

стипуляція?—43. Исходная точка Фиттинга въ легатѣ 44. Откуда особенности корреальной конструкціи въ легатѣ?—46.

ГЛАВА I.

Ученіе о стипуляціи стр. 49—115.

I. Литературный очеркъ 49—70.

Поздно наступившая очередь вопроса о формальномъ обязательствѣ 50. Либе и вопросъ о принципахъ 51. Формальный и матерьяльный принципъ въ обязательствѣ 52. Формализмъ какъ предшествующая стадія развитія института 53. Образованіе въ этихъ условіяхъ стипуляціи 54. Принципіельноя противуположеніе формальнаго и матерьяльнаго договора 55. Обязательство какъ самобытный объектъ гражданскаго оборота 57. Выдѣленіе каузальнаго момента 58. Христіанзенъ объ обрядныхъ рѣчахъ 59. Происхожденіе кондикціоннаго процесса по Савиньи 61. Общее движеніе въ литературѣ 63. Гнейстъ о формальныхъ контрактахъ 65. Позднѣйшій взглядъ Савиньи 66. Юристы практики 68.

II. Результаты 70—115.

Бэръ и Сальпіусъ 71. Исторія обязательствъ 72. Положительно и отрицательно-формальныя сдѣлки 73. Недоразумѣніе Арндтса и Унгера 74. Акты абстрактнаго переноса имущества 75. Аналитическое упрощеніе фактическаго состава 76. Процессуальныя опасности для права 77. *Историческая функція стипуляціи* 79. Особый характеръ развитія римской системы обязательствъ 80. Представляетъ ли разложеніе сдѣлки на элементы признакъ только извѣстной эпохи или только римской системы?—81. Стипуляція для сюналлагмаческихъ сдѣлокъ 83. Clausula doli и stipulatio adjecta causa 84. Вырождающійся абстрактный характеръ стипуляціи 85. Формальное обязательство у Юстиніана 86. Состояніе источниковъ 87. Mutuum какъ суррогатъ формальнаго обязательства 88. Реальный моментъ на второмъ планѣ 89. Exceptio non numeratae pecuniae 90. Давность 91. Оцѣнка института съ моральной точки зрѣнія 92. *Оборотная функція стипуляціи* 94. Заслуга Сальпіуса 95. Делегація 96. Деньги и обязательства 99. Двойная отрѣшенность силы сдѣлки 100. Титулированная

делегація 101. Аутономическій принципъ оборота 103. Паденіе 104. Ученіе о новаціи 105. Одни формальные реквизиты 106. Aliqvid novi у Гая и Юстиніана 109. Consumtio и satisfactio въ позднѣйшую эпоху 112. Иной характеръ гражданскаго оборота 113. Переворотъ въ ученіи у Ульціана 113 L. 8 C. de novat. 8 42. 114.

ГЛАВА II.

Ученіе о корреальныхъ стипуляціяхъ въ системѣ формализма стр. 115—202.

ОБЩІЯ ЧЕРТЫ ФОРМАЛИЗМА 116.

I. Какъ установляется корреальное обязательство verbis 117—147.

Обрядъ по Юстиніану 118. Общіе моменты съ новаціей и делегаціей и различія 119. Нѣтъ признака преемственности 120. Требованіе симультанеитета 121. Практическая основа конструкціи 123. Иное положеніе позже 124. Образованіе и примѣненіе 125. Формальные реквизиты двухъ стипуляцій 126. Деньги и другіе предметы обязательства 127. Species и opera 129. Корреальность и солидарность 130. Duo rei stipulandi v. promittendi у Юліана 131. Цѣль конструкціи. Отрицательный отвѣтъ 133. Возможныя цѣли: a, делегація 134. b, обезпеченіе; отношеніе къ fidejussio 135. Еще черта въ исторіи развитія римскихъ институтовъ 137. Reus promittendi pro te и fidejussor in rem suam 139. Обходъ закона 140. c, цѣли представительства 142. d, корреальность и юридическое лицо 144. Независимый отъ конкретной цѣли характеръ конструкціи 145.

II. Условія, индивидуализирующія каждое обязательство 147—170

Societas 148. Pacta 149. Pactum и acceptilatio у Юлія Павла 150. Поручительство и залоги 151. Одинъ fidejussor по тому и другому обязательству 153. Mora 154. Толкованіе на L. 18 D. h. t.—155 и 234 прим. Confusio 159. Сліяніе обоихъ обязательствъ въ одномъ лицѣ 160. Погашеніе обязательствъ, отдѣльно каждаго, чрезъ confusio 163. Какъ дѣйствуетъ confusio?—164.

IV.

Capitis deminutio 168.

III. Какими способами прекращается корреалитетъ? 170—203.

Исходная точка прежнихъ изысканій 171. Electio съ формальной точки зрѣнія 172. Прежнее соотвѣтствіе способовъ установленія и способовъ прекращенія обязательствъ 174. Сохранившіяся подлинныя свидѣтельства для корреальныхъ обязательствъ 175. Solutio въ старой системѣ 176. Выдержанность всѣхъ сторонъ явленія въ старой и новой системѣ 181. Формальные способы прекращенія 182. Заранѣе данное отношеніе обѣихъ стипуляцій 183. Необходимость формальнаго измѣненія той или другой 184. Неизвѣстность въ солидарности 185. Дѣйствіе новаціи 186. Aliqvid novi 188. Litis contestatio 189. L. 29 D. de liber. leg. 34. 3—190. Въ какихъ искахъ дѣйствуетъ формальная сила litis contest.?—192. Acceptilatio 193. Заключеніе 197.

ОТДѢЛЪ III.

Корреальность у позднѣйшихъ классиковъ 207—260.

Характеристическія черты эпохи формализма 203. Противуположныя явленія позднѣйшаго времени 206. Отрѣшеніе отъ прежнихъ границъ примѣненія понятія 207.

I. Дальнѣйшее примѣненіе понятія корреальности. Солидарность 208—239.

Нуженъ ли прежній обрядъ?—208. Корреальность въ легатѣ 209. Умѣстны ли здѣсь всѣ вопросы подлиннаго корреалитета?—212. Confidejussores 213. Actiones adjectitiae qvalitatis 214. L. 9 D. h. t.—215. Солидарность въ матерьяльныхъ контрактахъ 216. Какъ примиряются кажущіяся противорѣчія 218. Уединенность свидѣтельства Папиніана 220. Ноксальные иски 222. Толкованіе на L. 15 § 2 D. 43. 24.—225. Основной принципъ солидарности и корреальности 229. Свидѣтельства источниковъ 233.

II. Вліяніе измѣнившейся сферы примѣненія корреальности на разныя фазы юридическаго отношенія 239—260.

Litis contestatio какъ актъ выбора 242. Тоже для солидарныхъ обязательствъ 247. Особое значеніе акта въ сдѣлкахъ лукративнаго характера 248. Частные вопросы 251. Solutio 252. Solutionis causa adjectus 253. Novatio 256. Acceptilatio 257. Constitutum 258.

Заключеніе для Юстиніановскаго права и общее стр. 261—266.

ПОПРАВКИ.

Стр.	НАПЕЧАТАНО:	ЧИТАЙ:
1	эго одинъ	это одинъ
15	Zahluug	Zahlung
25	Ульпіапъ	Ульпіанъ
30	cantio	cautio
61	contractns	contractus
72	вопросы, касающіися	вопросы, касающіеся
79	достигалисъ	достигались
95	пр. 1	сочин. Бернштейна, хотя независимо отъ Сальпіуса, но не прежде его появилось
127	прим. eandem pecunim	eandem pecuniam
129	easdem opcras	easdem operas
160	ejus sint potestatis sint	ejusdem sint potestatis
167	вовсе и не увлекая	вовсе не увлекая
170	прим. jur naturale	jus naturale
171	предоставляетъ	представляетъ
185	каснулась	коснулась
201	вырожденія	вырожденіе
213	и отсюда консумціи	и отсюда консумція
229	разрѣшается выборамъ	разрѣшается выборомъ
245	исцомъ	истцомъ
252	пр. 1 Фиттингъ §	Фиттингъ § 34
253	прим. 2 ähnliehes	ähnliches
262	для того чтобы.	для того чтобы

ТОГО-ЖЕ АВТОРА:

Источники права и судъ въ древней Россіи. Москва 1869.

Значеніе Римскаго права для русскихъ юристовъ (вступительная лекція). Ярославль. 1871.